29c

524

POR D. ANGELA CORTES Y ARELLANO,

muger de D. Lorenço de Cordoua y Zuñiga, Cauallero del Abito de Santiago,

CON

LOS NIÑOS EXPOSITOS DE LA CVNA, COMO HEREDEROS

de Iuan Baptista de Luna, y el Licenciado Don Iuan Duran de Torres su Administrador,

SOBRE

LA COBRANZA DEL LEGADO

de los doze reales cada dia, que el dicho Iuan Baptista de Luna dexô a la dicha Doña Angela durante su vida.

N. 1. PARA Inteligencia deste legado se ponderan muchas Clausulas que el testador hizo en fauor de Doña Angela Cortès, con que se pretende probar el grande amor y afeccion que le tuuo: y auiendole nombrado en dos casas que tenia de por vida, luego hizo las Clausulas siguientes, que son de las que se vale Doña Angela para el legado sobre que se litiga.

Primera Clauſula del Teſtamento.

ITem declaro, que yo he criado, y al preſente tengo en mi caſa a la
2 dicha Doña Angela Cortès, hija natural del ſeñor Dō Geronimo
Cortès Cauallero del Abito de Alcantara, por cuya muerte ſuce-
dio en el Eſtado del Marqueſado del Valle el ſeñor D. Pedro Cortès,
que oy lo goza: y el dicho ſeñor Don Geronimo padre de la dicha Do-
ña Angela, por cumplir con ſu conciencia, lo tiene declarado aſsi ante
Iuan de Eſpinoſa, Eſcriuano Publico que fue de Seuilla, cu-
yo traslado tiene en ſu poder la dicha Doña Angela, y para que cum-
pla las obligaciones de ſu eſtado, y por ſu mucha virtud yo la he teni-
do en mi caſa quinze años con toda la autoridad que he podido, y para
conſeruarla y ponerla en eſtado de Matrimonio, o Religion quiero y
es mi voluntad que la dicha Doña Angela cobre para ſi toda la renta
de todos los dichos mis juros de todo eſte preſente año de 1628. porq̄
yo no he cobrado ninguno: y aſsimiſmo cobre la renta de los dichos ju-
ros de el año venidero de 1629. que entrambas partidas valdran
diez o onze mil ducados poco mas o menos: y las cartas de pago deſte
preſente año de 1628. de los dichos juros, las tengo deſpachadas en la
forma ordinaria, y eſtan en mi eſcritorio de papeles. Y las cartas de
pago de 629. de los dichos juros, ſe cobraràn por qualquiera de mis
Albaceas, a quien doy poder, &c.

Y luego proſigue: Y con interuencion del dicho Padre Franciſ
co de Soto, ſe diſpondra el eſtado de la dicha Doña Angela Cortès: y ſi
eligiere eſtado de Religioſa, de que yo me holgarè mucho, ſea en el Con-
uento de Santa Maria de las Dueñas deſta dicha Ciudad, porque eſtè
cō mi ſeñora Doña Iuana Cortès ſu tia, y para eſto ſe gaſtaràn los di-
chos diez o onze mil ducados que monta la dicha renta de los dichos
dos años de los dichos mis juros, pagando dellos la cantidad que ſe cō-
certare por el dote y alimentos de la ſuſodicha en el dicho Conuento, y
lo demas para que la ſuſodicha lo goze y la renta dello para ſi, y para
los gaſtos de ſus neceſsidades. Y ſi la ſuſodicha eligiere eſtado de ma-
trimonio, de que yo tendre grā ſentimiento, por conocer el mundo y ſus
deſconciertos, quiero y es mi voluntad que demas de la renta de los di
chos dos años de los dichos mis juros, ſe le den a la ſuſodicha todos los
bienes muebles, plata, joyas que yo tengo en mi caſa, para mas aumen-
to de ſu dote, que valdran tres mil ducados poco mas o menos.

Y ſi, lo que Dios no quiera ni permita, el marido con quien caſare
diſsipare la hazienda que lleuare de dote, quiero y es mi voluntad que
de lo

2

de lo mas bien parado de la renta dela fundacion que yo he de hazer en este mi testamento en la dicha Iglesia de San Ioseph de los Niños Expositos desta Ciudad, se le den a la susodicha, durante los dias de su vida, trecientos ducados de renta en cada vn año para sus alimentos por los tercios de cada vn año.

Segunda Clausula del Testamento.

2 *ITem quiero y es mi voluntad que mientras no se vendiere el Oficio de Escriuano de la Iusticia que yo tengo mio, lo vsen segun y como lo han vsado, Iuā Quiros de Montoya la plaça de Escriuano de la Iusticia, y Geronimo de Vargas la vna plaça de nombrado, acudiendo con lo que les pareciere mientras lo vsaren a la dicha Doña Angela Cortes, &c.*

3 Y por otra Clausula mandô se fundasse el Hospital y Casa de los Niños Expositos, de todos sus bienes, *auiendo cumplido y pagado lo contenido en este su testamento, mandas y legados.* Y pone ciertas condiciones, y manda se funden quatro Capellanias en la Iglesia del dicho Hospital, en que nombrò ciertos Capellanes, y nombrò por Patrona de ellas y de las Obras pias a la dicha Doña Angela Cortès, y a sus hijos y descendientes. Y luego dize *Que pagado y cumplido el testamento, clausulas y legados y demas cosas en el contenidas, en el remaniente q̄ quedasse de todos sus bienes nombra por heredera a la dicha Obra pia de los Niños Expositos.* Y luego puso la Clausula siguiente.

Tercera Clausula del Testamento.

4 *ITem, por quanto por Clausula deste mi testamento yo dexo mandado que vsen la plaça mayor de Escriuano de la Iusticia Iuan Quiros de Montoya, y de nombrado Geronimo de Vargas, y acudiessen cō lo que quisiessen a la dicha Doña Angela Cortès, y que esto fuesse durante el tiempo que vsassen los dichos Oficios q̄ no se vendiesse. Aora enmendando la dicha Clausula, quiero y es mi voluntad que los dichos Iuan Quiros de Montoya, y Geronimo de Vargas gozen delas dichas plaças de Escriuano de la Iusticia durante sus vidas, con cargo y grauamen que cada vno dellos tenga obligacion de pagar cada dia de fiesta y de trabajo a la dicha Doña Angela Cortès 12 reales cada vn dia, cada vno dellos seis, durante los dias de la vida de la dicha Do-*

ña

ña Angela. Y si falleciere la dicha Doña Angela Cortès, y fueren viuos los susodichos, ayan de pagar y paguen la dicha renta al dicho respeto a la dicha Obra pia.

Despues hizo vnos Codicilos, en que puso vnas Clausulas que tambien ponderamos, que dizen assi.

Clausula del primero Codicilo.

5 *ITem quiero y es mi voluntad que las Clausulas de los legados que mando por el dicho mi Testamento cerrado y por este mi Codicilo, se paguen y cumplan de los corridos y que corrieren de los juros y tributos que tengo, sin que los legatarios y personas interesadas en las dichas mandas tengan derecho a poderlo pedir, ni cobrar de los principales de los dichos mis juros y tributos, ni de otra hazienda mia, si no fuere de los dichos corridos, y que corrieren de los dichos mis juros.*

Clausula del segundo Codicilo.

6 *PRimeramente digo, que por quanto por Clausula del dicho mi testamento cerrado mandè a Doña Angela Cortès, que se ha criado en mi casa, los bienes muebles y menage de casa, joyas, plata para el dia que tomasse estado de casada, y los apreciè en 3U ducados, quiero y es mi voluntad que quanto tengo dentro de las puertas de mi casa de los dichos bienes y menage de casa, plata, joyas y dineros, los aya la dicha Doña Angela Cortès enteramente, quier valgan mas o menos de los dichos 3U. ducados, ni mis Albaceas tengan obligacion a inuentariarlos, ni ellos ni otra persona alguna le pida quenta dellos, porque assi es mi determinada voluntad.*

7 *Item, por quanto por otra Clausula del dicho mi testamento tengo mandado a la dicha Doña Angela Cortès la renta de todos mis juros y tributos deste presente año de 1628. y de todo el año venidero de 1629. quiero y es mi voluntad que la Obra pia y Capellanias que mandò fundar por el dicho mi testamento, no se hagan, ni canten las dichas Capellanias hasta fin del año venidero de 1630. &c.*

8 Lo segundo se supone, que en conformidad desta disposicion, los dichos Iuan Quiros de Montoya y Geronimo de Vargas acetaron el legado, y vsaron las plaças, y pagarõ los doze reales cada dia hasta el año passado de 645. que el dicho Iuan Quiros de Montoya puso pleyto a los Niños de la

Cuna, y

Guna, y al Licenciado D. Iuan Duran de Torres su Administrador haziendo relacion de las Clausulas referidas, y diziendo que por enfermedades y achaques que tenia no podia vsar el dicho Oficio, q̃ lo dexaua a los dichos Niños, como dueños de la propriedad, que se notificasse al Licenciado Don Iuan Duran de Torres le pusiesse cõbro, y nombrasse Escriuano, y sacasse titulo. El se defendio diziendo, q̃ auiendolo acetado vna vez, no podia hazer dexacion, y que lo hazia porque aora no tenia tanto aprouechamiento, y no podia pagar el grauamen, auiendolo vsado en tiempo q̃ gozò muchas comodidades y aprouechamientos del Oficio. Sin embargo huuo executoria en que se manda que se notifique al dicho Licenciado Dõ Iuan Duran de Torres ponga cobro en el dicho Oficio, y saque titulo en cabeça de la persona que le pareciere para vsarlo; con apercebimiento q̃ no haziendolo, qualquier perdida que por razon del dicho Oficio viniere, serà por su quenta y riesgo.

9 Esto se executò con efecto, y despues murio el dicho Geronimo de Vargas: y por parte de Doña Angela Cortês en 14. de Diziembre del año passado de 645. se hizo pedimiento haziendo relacion de lo referido, y que se le debian 3U81. reales de corridos hasta aquel dia, cuya paga y de los corridos que corriessen y fuessen corriendo, era a cargo de los dichos Niños y de su Administrador, por ser herederos vniuersales y posseedores del dicho Oficio, y por esta cãtidad pidio mandamiento de execucion contra todos los bienes de la disposicion. Mandòse notificar a el dicho Administrador pagasse la dicha cantidad dentro de tercero dia, con apercebimiento de execucion contra todos los bienes.

10 El Administrador respondio que no tenia obligacion a pagar, por diferentes razones que alegò, que son las mismas que aora alega, y se referiran despues, y sin embargo huuo auto en que se mandò despachar mandamiento de execucion contra los bienes de la disposicion: de que se apelò por el Administrador, y boluio a alegar largamente de su justicia, y se confirmô en Vista y Reuista, y huuo sentencia de remate en cuya virtud se pagô la cantidad.

11 Aora se ha buelto a pedir otra execucion por nueuos corridos, y se mandò despachar contra todos los bienes, de que apelô el Administrador alegando lo mismo: a que se satisfizo tambien cõ lo mismo q̃ se alegô al principio, y de nueuo se opone de la cosa juzgada: y ay auto de Vista en que se *confirmò el mandamiento de execucion, cõque sea y se entienda cõtra las dos plaças de Escriuano de Iusticia obligadas a los alimentos. Y en quanto a los demas bienes del dicho Iuan Baptista de Luna,*

 se reuo-

ſe reuocò. Deſte auto ſe ſuplicò por ambas partes. Y por parte de Dõ Angela Cortês ſe pretende, ſe enmiende en lo que es en ſu perjuyzio, y ſe confirme el de que vino apelado, por dos fundamentos. El vno, porque le obſta a la diſpoſicion de Iuan Baptiſta de Luna la coſa juzgada. El otro, porque quando no le obſtaſſe, ſe debiera determinar lo miſmo, por eſtar como eſtan todos los bienes de la diſpoſicion obligados a darle los doze reales cada dia, quier los rinda o no el Oficio. Y ambas coſas fundarêmos con euidencia.

Que [redacted] obſta la coſa juzgada.

12 TRes requiſitos han de concurrir para que pueda obſtar la excepcion de la coſa juzgada, vt ait Conſultus *in .l. cum quæritur .ff. de except. rei iudicat. cum duabus legibus ſeqq. videlicet, eadem res, corpus, vel quantitas, idem ius, ſeu eadem cauſa petendi, eadem conditio perſonarum.* Y todos eſtos tres requiſitos *ad vnum tendunt*, como dixo la gloſſa *in .l. quantitas .ff. eo. verbo Ius*, ibi: *Caue, quia hæc tria ad vnũ tendunt, ſcilicet circa eandem rem.*

13 Eſtos tres requiſitos no ſe han de tomar ni conſiderar materialmente, ni con eſtrecheza, hoc eſt, que aya de ſer el miſmo cuerpo, o la miſma cãtidad, *omni priſtina qualitate, vel quãtitate ſeruata, ſed pinguius pro communi vtilitate*, vt ait Conſultus *in .l. & an eadem .ff. de except. rei iudicatæ*, ibi: *Idem corpus non vtique omni priſtina qualitate, vel quantitate, ſeruata nulla adiectione, diminutione ve facta, ſed pinguius pro communi vtilitate accipitur.* Y por eſſo puede obſtar la coſa juzgada en el ſegũdo juyzio, aunque ſe litigue ſobre diferente coſa, vt ait gloſſa in *d. l. cum quæritur*, & ipſa gloſſa *in d. l. & an eadem, verbo Perſonarum.* Dize tambien q̃ no es neceſſario que ſean las miſmas perſonas entre quiẽ ſe litigô en el primero juyzio: *Quia id largè accipiendum eſt vt nedum comprehendant ſucceſſores actoris & rei. Item, quod plus eſt, quandoque etiã extraneos omnino interpretor eaſdem perſonas.* Y el miſmo texto tambien la inſinùa, porque no dize *inter eaſdem perſonas*, ſino *eadem conditio perſonarum*. Y aſsi dize aqui la gloſſa, verbo *Concurrunt*, que *ſufficit quod quilibet ex tribus requiſitis concurrat verè, vel interpretatiuè.* Y en la palabra *Vtilitate* proſigue diziendo, que en eſto conſiſte la vtilidad de que habla el texto, hoc eſt, en que los pleytos tengan fin. Y aſſi ſe han de entender e interpretar eſtas tres identidades *Pinguius & largius quàm verba patiantur, vt in quantitate aucta, vel minuta, vel in corpore aucto, vel minuto, aut qualitate mutata, vt ſemper obſtet exceptio.*

14 Deſto reſulta, que para conocer y ſaber quando obſta la coſa juzgada,

gada, no es menester mas que ver que causa se propuso en la demanda del primero juyzio, y que relacion se hizo en ella: porque si lo q̃ despues se propone, y litiga en el segundo juyzio, nace de la primera causa y de aquel primer origen, aunque sea diuersa la cosa que despues se pide, y diuersa la accion que se propone, se dirà con razon q̃ se litiga sobre la misma cosa, si se buelue a refricar y a disputar la misma question que se disputô y ventilò en el primero juyzio: porque aunque la accion y la cosa sea diuersa, si procede de vna misma causa, todo se comprehende en ella, vt ait textus *in. l. si quis cum totum ff. de except. rei iudicatæ*, ibi: *Si quis cum totum petisset partem petat, exceptionem rei iudicatæ nocet, nā pars in toto est, eadem enim res accipitur; & si pars petatur eius quod totum petitum est, nec interest vtrum in corpore hoc quæratur, aut in quantitate, vel in iure.* Y en el. §. *Et quidem* haze regla general en esta materia, diziendo: *Et quidam ita diffiniri potest totiens eandem rem agi, quotiēs apud iudicem posteriorem, id quæritur quod apud maiorem quæsitum, in his igitur ferè omnibus exceptio nocet.* Y aqui la glossa, verbo *Id quæritur*, aduierte que ha de ser ex eadem causa, porque la causa todo lo comprehende. Y en el. §. final de esta misma ley, buelue el Consulto a hazer la misma difini-cion mas general, vt patet ibi: *Et generaliter, vt Iulianus diffinit, exceptio rei iudicatæ obstat, quotiens inter easdem personas eadem quæstio reuocatur, vel alio genere iuditij.* Lo mismo prueba la. *l. Iulianus, del mismo tit.* ibi: *Iulianus lib. 3. Digestorum respondit exceptionem rei iudicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas reuocatur: & ideo et si singulis rebus petitis hæreditatem petat, vel è contra exceptione summouebitur.* Y aqui la glossa verbo *Petat*, aduierte que ha de ser *ex eadem causa nō superueniente*. Lo mismo prueba la *ley si vnus. §. item. ff. de pact. l. si Titius 33. ff. de vsufruct.* ibi: *Vnde si fundi vel fructus portio petatur, & absolutione sequta postea pars altera quæ adcreuit, vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatæ rei exceptionem obstare.* Y aqui la glossa verbo *Exceptionem*, pone la duda diziendo que no puede obstar la cosa juzgada, porque la parte acrecida est aliud corpus, y assi es contra la. *l. cum quæritur. ff. de except. rei indicat.* Y responde *Quod exceptio rei iudicatæ obstat quotiens per sequens iuditium infringitur, quod est statutum in primo.* Y trae para esto la. *l. duobus. § exceptio. ff. de iure iurand.* que dize que la cosa juzgada obsta siempre que se refrica la misma question en diferente juyzio, aunque sea por diferente accion, como todos procedan de vna misma causa. Ait textus: *Exceptio iusiurandi non tantùm si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iusiurandum opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quæstio in hoc iuditium deducitur fortè, si ob actionem mandati negotiorum gestorum*

societatis, cæterasque similes iusiurandum exactum sit: deinde ex eisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem, altera quoque consumitur. Y aqui la glossa verbo *Condicatur*, repara como puede obstar la excepcion mudandose la accion, y resuelue que aliud est mudar la accion, aliud mudar la causa: porque de la causa pueden produzir diferentes actiones, y como la causa no se mude, siempre se litiga sobre vna misma cosa, aunque las acciones sean diferentes, como procedã de la misma causa. Y esto quiso dezir la *l. de eadem re. ff. de except. rei iudicat.* ibi: *De eadem re agere videtur, & qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur.* Y aqui la glossa verbo *De eadẽ* dize: *Dummodo causa petendi eadem sit quæ ab initio, id est, priori iuditio.* Y prosigue el texto in fine, ibi: *Cæterum cum quis actionem mutat & experitur, dummodo de eadem re experiatur, & si diuerso genere actionis quam instituit, videtur de ea re agere, &c. d. l. si quis cum totum. §. & generaliter. ff eod.* ibi: *Quotiens inter easdem personas, eadem quæstio reuocatur, vel alio genere iuditij: & ideo si hæreditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hæreditatem petat, exceptione summouebitur.* Y aqui la glossa verbo *Iudicij*, dize, *id est actionis.* Y en el verbo *Petat*, lo declara mas diziendo, que si pedi las cosas particulares enel primer juyzio como heredero, y lo perdi, y despues pedi toda la herencia *ex eadem causa, hoc est iure hæreditario*, duda si me obsta la cosa juzgada. Y resuelue que si lo perdi porque no constò que fuesse heredero, me obsta la excepciõ enel segundo juyzio, porque la cosa juzgada obra enla causa, no en los efectos ni cosas particulares que proceden della. Ait glossa ibi: *Hæreditario iure, & hoc si ex eadem causa, ex qua primò petij res singulas, i demè contra: secus autem si ex alio iure. Item quid si primo rem vnam petij & succubui, nunc ex eadem causa totam hæreditatem peto, an obstet exceptio? Respondeo: Si ideô primò succubui quasi non sum hæres, obstat: si verô quasi non sit hæreditaria, tunc non. Argum. C. de euict. l. 1.* Y esto es porque la causa primera y original fue el ser heredero, y de ella nace el poder pedir las cosas hereditarias y particulares, y por esso siempre obsta la cosa juzgada del primer juyzio, quando se determina en la causa primeua, aunque en el segundo juyzio se pida diuersa cosa de la que se pidio en el primero, porque basta que se pida por la primera causa, y que depẽda della, como se litigue entre vnas mismas personas: textus optimus *in l. si cum argentum. §. si fundum, ff. de except. rei indicat.* ibi: *Si fundum meum esse petiero, deinde postea vsumfructum eiusdem fundi petam, qui ex illa causa ex qua fundus meus sit, exceptio mihi obstabit.* Ita tenet Bartolus *in d. l. & an eadem. §. 1.* & clariùs Castrensis *in d. l. si quis cum totum 7. post num. 2 ff. de except. rei indic.* Socinus *in l. fundum nu. 2*

de

de exception donde dize: *Quod id procedit, non solù si deducitur aliquid super eadem re, sed etiam si deducitur aliquid diuersum, sed ex causa prima dependens cum causa ex qua ius oritur, quia semper videtur secundum iudicium venire ad recissionem eius quod est in primo determinatum.* Angelus *in l. cum quæritur. ff. de exceptio. rei iudicatæ.* Corneus *cons. 126. lib. 4. colum. 4. vers. Nõ enim obstat,* el qual enla columna penultima, *ver. Et ideo cui per vtramq;* dize que basta q̃ se aya deducido en el pleyto primero la causa porque se pidio la cosa, ex regula *legis de qua re. ff. de iuditijs*, y que se aya ventilado y discutido algun derecho, y que este mismo *veniat discutiendum in iudicio nouiter intentato; nam etiam si de alijs rebus agatur, satis esse quod modo discutitur, fuisse aliàs discussum, & per sententiam decisum.* Lo mismo dize Ruinus *cons. 71. numero 4. vers. Sed ad istud, lib. 5.* vbi ait ex Innocentio & alijs, *Quod per interpretationem eadem res iudicatur, quando inter easdẽ personas eadem quæstio quæ decisa est, reuocatur, licèt de alia re penitus diuersa tractetur.* Optimè comprobat Petrus Surdus *cons. 312. n. 8. tom. 3.* latissimè ex pluribus Capicio Galeotà *lib. 2. controuersia. 34. per tot. præcipuè num. 10. cum seq. & n. 24. vsque ad 28.* donde dize, *Quod eadem causa dicetur, vt obstet exceptio quando agitur ad eundem finem & effectum, vel quando illud quod fuit decisum in primo, refricatur iterum in hoc nouo quantumcumque ad diuersum finẽ agatur.* Esta controuersia de Galeota es copiosissima y doctissima, y digna de verse para este pleyto.

15 Todas estas doctrinas se ajustan a los terminos deste pleyto, para que obste la cosa juzgada a los Niños de la Cuna, porque concurren las tres identidades, non interpretatiuè, sed verè & realiter: porque el primero pleyto se intentò por Doña Angela Cortès contra los Niños, como herederos de Iuan Baptista de Luna, diziendo que por auer muerto Geronimo de Vargas, y desistidose Iuan Quiros de Montoya, y vencido a los Niños y al Administrador, en que pusiessen cobro al Oficio por su quenta y riesgo, era a cargo de los Niños, como herederos vniuersales y posseedores que eran del Oficio, la paga de 3U081. reales que se le debian atrasados, y de la cantidad que de alli adelante corriere y fuere corriendo de su legado de doze reales cada dia, y que se le auian de dar de los bienes de la herencia: pidio se despachasse mandamiento de execucion por los dichos 3U081. reales y presentô el testamento y codicilos, y el testimonio de la executoria que obtuuo Iuan Quiros de Montoya, y dixo que si otro mejor pedimiento le conuenia hazer, lo hazia.

16 Con vista deste pedimiento y recaudos, se mandò notificar al Administrador de los Niños, pagasse dentro de tercero dia, de los

 bienes

bienes que quedaron del dicho Iuan Baptista de Luna los 3U061. que se le debian de la renta del legado contenido en el testamento presentado, con apercebimiento que se despachara mandamiento de execucion contra los bienes del dicho Iuan Baptista de Luna.

17 El Administrador respondio, que Doña Angela no era parte, ni los Niños estauan obligados, porque el legado fue limitado a Iuan Quiros de Montoya, y a Geronimo de Vargas, respecto del vso del Oficio, y que auiendo muerto los susodichos cessò el legado; y quādo no huuiera cessado, el Oficio fue puesto taxatiuè, y no por demōstracion, y que asi no tenian obligacion de pagar el legado de los demas bienes, ni passaua esta carga al heredero vniuersal, y que en esta conformidad lo auia determinado el Licenciado Azeuedo, a quien el testador auia cometido la resolucion de las dudas que se ofreciessen en su testamento, y otras cosas que largamente se alegaron por el Administrador ante el Ordinario, y en la Real Audiēcia, sin embargo huuo auto de mandamiento de execucion contra todos los bienes, y se cōfirmò en Vista y Reuista; y aora en esta execucion segunda buelue a oponer lo mismo, y asi justamente se opone de la cosa juzgada, porque concurren las tres identidades, pues se litiga entre vnas mismas partes, y sobre vna misma cosa, y por vna misma causa, porque aunque son diferentes los reditos sobre que aora se litiga, proceden de la primera causa, que es el legado que Iuan Baptista de Luna hizo a Doña Angela Cortès, de donde nace la accion para cobrar los doze reales cada dia, y quier se tenga por vna accion o por diuersas, todas se comprehenden en aquella primera causa y origen del legado: y quando se propuso en la primera demāda, fue vniuersal, no solo para los reditos que entonces se debian, sino para los que de alli adelante corriessen y fuessē corriendo, con la clausula *de si otro mejor pedimiento, &c.* Con lo qual en aquella executoria quedaron vencidas las excepciones que aora se oponen, q̄ son las mismas que entonces se opusieron, y en este juyzio se buelue a refricar la misma question, y asi obsta la cosa juzgada por los fundamentos referidos, y por la doctrina de Salgado *de regia protect. 2. tomo. 4. p. cap. 7. n.* 169. donde auiendo propuesto en el *num.* 133. si auiēdose executado por vna annua prestacion y obtenido, si despues se buelue a executar por otros corridos, se puede oponer la misma excepcion que se opuso en la primera execucion sin que obste la cosa juzgada? Y resuelue la question con la doctrina de Ripa *in l. si ita stipulatus* 115. *n.* 93. *ff. de verb. oblig.* que haze esta distincion: O la obligacion es vnica y produze muchas pagas como el censo, y en este

caso

caso obsta la cosa juzgada, porque no es mas de vna obligacion, y vna mesma accion. O son muchas obligaciones, como es en el legado annuo, donde *tot sunt obligationes, & quolibet anno incipit deberi, & oritur noua obligatio pro pensione illius anni*: y en este caso dize Salgado no obsta la cosa juzgada, porque tãpoco basta vna sola prescripcion, sino *tot praescriptiones quot sunt annuae praestationes.*

18 Despues de auer resuelto esta question Ripa, opone contra la resolucion dellas la *l.1. C. de fideicommiss.* que prueba totalmente lo cõtrario en legado annuo, y de muchas prestaciones, y dize, q̃ la paga de algunos años prejudica a los demas in futurum: ergo lo mismo obrarà la cosa juzgada en la prestacion de vn año para los demas in futurum: y a este texto no responde Ripa, *sed relinquit cogitãdum.*

19 Pero Salgado vbi proximè en el nu. 149. explica y declara este texto, conciliando las opiniones con vna doctrina, que es decisiua de este pleyto; porque dize, que si en el pleyto primero se deduxo el derecho principal, y la causa primeua de donde procedian las prestaciones annuas, no solo para los corridos de vn año, sino para los siguientes durante el tiempo de el legado, obsta la cosa juzgada: porq̃ como esta causa es primeua y vniuersal, lo comprehẽde todo, y la cosa juzgada influye en todos los años subsequentes. Aliud est quando se litigò sobre vna paga simpliciter sin deduzir el derecho principal: las palabras de Salgado en el nu. 149. son las siguiẽtes.



20 *Sed idem Ripa ibidem in dict. l. ita stipulatus, dict. num. 93. in finalibus verbis, contra suam distinctionem, & opinionem opponit d. text. in l. 1. C. de fideicommiss. qui dicit obstare dum in eo actum fuit anno legato, quod (vt supra diximus) tot cõtinet obligationes, & legata, quot praestationes annuae, & tamen debitor semel condemnatus cogitur praestare praestationes successiuè decurrendas illius primae condemnationis, & rei iudicatae virtute, ita vt semper haeredi eius obstet exceptio, cui textui ipse Ripa non respondet, sed relinquit cogitandum: sed tu hanc difficultatem facilè euitabis, si consideres in casu illius text. non agi de vna, altera vè annua praestatione, sed ius ipsum principale, & ipsa causa primaeua, à qua proueniunt praestationes, sed deducta fuit in iudicium pro tempore decurso, & praesenti, & futuro, vt durãte legati tempore successiuis annis legatum ipsum soluatur, & praestetur legatario, quod quidem obtinet in quibuscumq; annuis redditibus, ex quauis causa prouenientibus in quibus pariter licitum est, agere cõtra debitorem, vt condemnetur ad praestandum fructus pro omnibus annis futuris, debitis terminis, & temporibus, nec tunc erit (sequuta huiusmodi condemnatione) necesse, litem instituere adueniente anno, vt ex d. l. 1. C. de fideicom. & l. malè agitur. C. de praes. 30. vel 40. annor. deducunt omnes Doctores, prout est videre ex Bart. in l. li-*

beris,

beris.§.manumissis,in fin.de alim.& cibar.legat. idem in l.de pupillo.§.si in pluribus.ff.de noui oper.nun. Bald.*in.l* 1. *C.de sen.quæ sine certa quãti.* Simon de Præt. *de inter.vlti.volun.lib* 5.*dub*.3.*nu*.95.*fol*.532. Gratian.*in discept.foren.cap*.151.*num*.34.*& seqq.tom*.1. Alex.*cons*.95.*in causa & lite, colu*.1.*in fin.vers.Sed respondeo,lib*.1.Petr.Surd.*de aliment. tit*.3.*q*.9.*in fin.& tit*.8.*priuileg*.25.*nu*.7. *& sic cum vniuersum ius principale, & vniuersale, ipsaque primæua, & originalis causa in totum sit in iudiciũ deducta, ac super toto cadat vniuersaliter ista res iudicata, nihil mirum, vt pariter semper obtinere ius exceptio, iuxta.l.& an eadem, in prin.& in d.§.actiones, cum alijs pluribus.ff.de exceptione rei iudi. Nos autem loquimur, quando est actum ad vnam, alteramvè annuam præstationem dumtaxat, non ad ius principale.*

21 Esta doctrina es indiuidual para este pleyto, porque en el se propuso en la primera demanda la causa, que era el legado, no solo para cobrar los reditos debidos, sino los que adelante se debiessen, y fuessen corriendo de todos los bienes de la herencia, y aora se bueluen a pedir otros corridos, por la mesma causa propuesta en la primera demanda, y en continuacion della.*l.si mater.§.ea ndem ff.de except.rei iudica.*ibi. *Eandem causam facit etiam origo petitionis.*

22 Y aunque en la conclusion de aquella demanda no se pidio mas que execuciõ por los corridos atrassados, fue porque no se pudo pedir execucion por los que no auian corrido, ni se debian, y basta q̃ en la relacion de la demanda se propusiesse la causa generalmente, diziendo, que se le debian pagar assi los corridos atrassados, como los futuros para quando se debiessen, y no se ha de atender a la conclusion della, ni al pedimiento.*l*.10.*tit*.17.*lib*.4.*Recop*.ibi. *O faltare en la demanda el pedimiento.* Y aqui Azeuedo nota, que por esta disposicion no se requiere conclusion ni pedimiento en la demanda, prout afferit Antonio Gomez *var.tom*.3.*cap*.11.*nu*.3. y Auendaño *responso* 1.*num*.18. y solo basta que conste de la relacion de la demanda lo que quiere pedir la parte, como lo dize la mesma ley, ibi: *Contentendose todavia en la demanda la cosa que el demandador entendiò demandar.* Y aqui nota Azeuedo, que basta que el Reo entienda lo que pretende y quiere el Actor para que pueda defenderse, etiã aunque conste del discurso de los autos.

23 Y en este caso lo que pretendiò Doña Angela en su primera demanda, fue que este legado no era limitado al Oficio de Escriuano, ni a los Escriuanos grauados, sino absoluto y general y perpetuo contra todos los bienes de la herencia, y que se lo auian de pagar los Niños, no solo los corridos atrassados que se le debian, sino los

que

que adelante corriessen, y pidiô mandamiento de execucion por los atrassados que se le debian contra todos los bienes de la herécia afectos y hipotecados a legados, *ex.l.1.per totam. C.communia delegatis, & ex latiùs infra dicentis.*

24 Y a este pedimiento respondieron los Niños pretendiendo, que los bienes de la herencia no estauan afectos ni obligados a la paga deste legado por las razones que alegarō, y sin embargo huuo executoria, en que se mandò despachar mandamiento de execucion contra todos los bienes de la herencia: y aunque esta executoria cayò solo sobre los coridos atrassados que entonces se debian, fue general y vniuersal en la causa della, que fue el ser aquella accion real, y estar afectos y hipotecados todos los bienes de la herencia, porque aliâs no fueran condenados los bienes, sino solo el Oficio, y correspondiò a la demanda, que tambien fue general y vniuersal contra todos los bienes, no solo por los corridos que se debian, sino por los que se debiessen adelante: y asi por presupuesto necessario quedô determinado, que el legado era perpetuo, y que a la paga de todos los años estauan afectos todos los bienes de la herécia, y por esso se confirmò el mandamiento de execucion por los corridos atrassados contra todos los bienes, y aliâs sino fuera con este presupuesto no se diera el mandamiento de execucion contra todos los bienes, y asi este presupuesto debet subintelligi como si estuuiera expressado: *Quia paria sunt aliquid esse expressum, vel necessario præsupponi, & ideò sententia includit id quod necessariò est præsupponēdum, & sumitur ex mēte actorū, referturq; ad casum qui sumitur ex actis*: ita tenet Olascus *decis. Pedemontanea* 64.*num*.3. Alexander *cons*.123.*nu*.8.*lib*.1.& alij quos tradit Tuschus *conclus*.126 *littera* S.*nu*.105.*&c*. Y aunque el pleyto se prosiguiò por los corridos que entonces se debian, basta que se huuiesse intentado la accion real para todos los corridos que se debiessen in futurum, aunq̄ la prosecucion huuiesse sido especial para los atrassados: sic probat expressè textus in *.l. si mater.§.denique.ff.de exceptione rei iudicatæ*, donde nota Bart. *Quod in actione reali si est petitio generalis, & prosecutio specialis, obstat exceptio in omnibus casibus.*

25 Y en efecto oy se buelue a disputar, si estan obligados o no los bienes de la disposicion a la paga deste legado; y es contrauenir a la executoria que lo determinô asi, y bolver a la misma duda y question que se disputò y vétilô en el primero pleyto: y si a esto se diesse lugar, nunca avria executoria en esta materia, ni tendria fin este litigio, si para cada año fuera menester vna executoria.

26 Y no obstarà dezir que no se conociò plenamente, porq el pleyto no se recibiò a prueba, porque no fue necessario, pues este articulo no consiste en prueba, sino en punto rigurolo de derecho, y entonces se hizieron por ambas partes todas las alegaciones que oy hazen, conque se conociò plenamente de la duda que el negocio podia tener: y esto basta para que obste la cosa juzgada, por lo menos en el juyzio executiuo, porque ya con esta executoria quedô calificado el legado por executiuo contra todos los bienes, y reconociendo esto la otra parte ha puesto demanda en via ordinaria: sic in terminis lo resuelue Perez de Lara *de vita hominis, cap.27. ex num. 47. cum seqq.* donde dize, que en los juyzios sumarios y executiuos obstat exceptio rei iudicatæ en la execucion de vnos corridos para la cobrança de otras corridos que se pidan de nuevo: sic ex eàdem causa petatur Fontanella *decis.126. per totam*, donde discurre por los mesmos textos y fundamentos referidos. y dize *in num.* 25. que lo trasladò del consejo 62. *ex num.* 35. de Francisco Aponte, y habla tābien en cobrança de pensiones annuas.

27 De lo que se ha dicho resulta, que Salgado *in dict. p.4. cap.7. num. 144. vsque* 148. no percibiò la doctrina de Ripa *in dict. l. ita stipulatio, num.93. ff. de verb. oblig.* porque afirma que Ripa dize, que quando son *plures præstationes semper exceptio opposita in primo iudicio, iterum potest opponi in aliis decurrendis*: pero si es vnica la obligacion, y el deudor en el primer juyzio omitiò la excepcion, no le obsta la cosa juzgada, y en el segundo juyzio puede oponer la excepcion q̃ omitiò, y la misma que opuso, y no se la admitiò por el Iuez: y reprueba a Rodriguez de rredditibus, y a otros que cita en el *num.* 146. que dixeron absoluta y generalmente, que si en el primero juyzio *debitor non opposuit exceptionem, iterum potest opponi in secundo.* Y en el numero 148. dize que esto se ha de entender generalmēte, sino con la distincion de Ripa.

28 Pero salva pace tanti viri, bolvemos a dezir, que no percibiô biē la doctrina de Ripa, y hablò contra su dictamen, porque Ripa no propone la duda, en caso que el deudor opuso alguna excepcion en el primero juyzio, sino quando no opuso ninguna excepcion, y entonces duda si podrà oponer en el segundo juyzio las excepciones que pudo oponer en el primero, vt patet ex Ripa, ibi: *Sed quid si creditor egerit solùm pro primo anno, & obtinuerit, an si posteà agat pro annis sequentibus, sibi posset opponi aliqua exceptio, quæ poterat sibi opponi etiam contra debiti primi anni?*

29 De estas palabras bien claro se prueba, que no pone la duda Ripa

sobre

sobre si se puede bolver, ò poner la misma excepcion que se opuso en el primer juyzio, sino otra alguna que se podrà oponer, y no se opuso. Y para resoluer esta duda, dize Ripa, que pende de saber *an vna sit stipulatio, an plures? Si vnica sit pro omnibus annis*, dize que obsta la cosa juzgada: *quia sentētia lata super vna parte, sine qua alia pars deberi non potest, parit plenum præiudicium super toto. Et ideò si sit lata sententia absolutoria agenti pro sequentibus annis obstaret exceptio rei iudicatæ, si vi-ro tot sint stipulationes, quot sunt anni sententia lata propria anno, non parit plenum præiudicium in sequentibus, & ideò vtilissimum est scire, an vnica sit stipulatio, an tot quot sunt anni.* Y luego dize: *Contra tamen hoc quod dictum est in vltimo membro, quod sententia non pareat plenum præiudicium pro sequentibus annis videtur, textus in .l.1. C. de fideicommissis super q uo cogitatis.*

30. Y en esta misma conformidad habla Rodriguez *de redditibus, lib. 1. q. 13. sub num. 28.* que pone la duda quando el deudor no opuso excepcion en el primero juyzio, y entonces dize que la puede oponer en el segundo: y segun esto la doctrina de Ripa, ni la distincion que haze de las obligaciones no tiene que ver en el caso de este pleyto, antes es faborable a lo que pretendemos, pues dize Ripa, que quādo *sententia fuit lata super vna parte, sine qua alia deberi non potest, perit plenū præiudicium super toto*: y assi la executoria que salio contra todos los corridos que se debian por este legado, *parit plenum præiudicium*, en los corridos futuros, y quedan vencidos los bienes perpetuamente, pues sino se tuuiessen por obligados para la primera paga, no se cōdenarian los bienes de la herencia, entonces pues el legado fue vniforme para todos los años durāte la vida de Doña Angela: y la mesma razon que militò en aquella determinacion, obra y influye en todos los demas corridos que fueren corriendo, porque milita en todos, y mas auiendose defendido en el primer juyzio. Y la doctrina de Salgado en quanto dize, que en las annuas prestaciones se puede bolver a oponer la mesma excepcion que se opuso en el primer juyzio no es cierta, ni Ripa dixo tal cosa, pues hablô en terminos donde, no se opuso ninguna defensa en el primer juyzio, y assi esta distincion de las obligaciones es inutil, en caso que el deudor se aya defendido en el primer juyzio, porque entonces *siuè sit vnica obligatio pro omnibus annis, siuè sint plures præstationes, vt in legato annuo*, si en el primer pleyto se defendiò el deudor, & tamen fue vécido, le obsta la cosa juzgada, y no puede bolver a oponer las mesmas excepciones ya vencidas, y no puede ser oydo en el segundo juyzio para impedir la cobrança de otras prestaciones, *ex eadem*

causa,

causa, porque la cosa juzgada, aunque aya sido sobre la paga de vn año, obra pleno perjuyzio en todos los subsequentes, quando se conociò de la causa, y del derecho principal como aqui, porque entõces concurren las tres identidades necessarias, para que obste la cosa juzgada, y se buelva a disputar la misma duda que se disputò y determinò en este primer juyzio con conocimiento de causa, que es el fundamento potissimo de la cosa juzgada, y no es necessario recurrir al exemplar de las prescripciones, como dixo Salgado, porq̃ no tiene que ver cõ la cosa juzgada, que tiene sus reglas conocidas, y esto mismo sintio Salgado para la resolucion de esta duda *in dict. cap.7.num.149.* y por esso la resoluiô Ripa, aun hablando en caso q̃ no huuo defensa en el primer juyzio: pero auiendolo auido como aqui, y bolviendo oy a la mesma question, no es dudable que obsta la excepcion, quier sea la prestacion annua, vel vnica la obligaciõ, por los fundamentos que trae el mesmo Salgado *dict. num.149.* y Fontanella *dict.decis.126.* Lara *de vita homin.dict.cap.27.nu.47. cum seqq.* Galeota *controuers.34.per totam.* Y assi justamente pretẽdemos que le obsta la cosa juzgada a la otra parte, pues en este juyzio alega lo mesmo que alegò en el primero, y se bueluc a disputar la misma questiõ, y esto solo bastaua para que se reuoque el auto de Vista, y se cõfirme el del Ordinario, sin que sea necessario passar a disputar el punto principal.

Que el legado de los doze [redacted] reales cada dia fue de alimentos.

31 QVando no huuiera executoria en favor de Doña Angela Cortês, para que se pagasse este legado por el heredero de todos los bienes de la herencia, como la ay, es su justicia notoria, y se debiera determinar lo mismo que està determinado, y para esto se ha de suponer que este legado fue de alimentos, aunque no lo dize el testador, porque regularmẽte el legado annuo hecho a persona pobre se tiene por de alimentos, aunque el testador no lo dexe con este titulo, y mas quãdo se dexa a persona de su afecciõ, como lo fue D. Angela, vt postea dicemus *l.legatis, vbi gl.ff.de capit. diminut.l.si cui annum.ff.de annuis legat.* y es texto expresso la ley *Stichus.§.Titia.ff.de aliment.legat.* y la ley *Titia, in princip.ff.de annuis legatis*, donde el Consulto *annuam quantitatem relictã à testatore appellat alimenta*, sic ex Bart. Bald. & alijs pluribus comprobat Petrus Surdus *de alimentis, tit.2.quæst.12.ex numero 1.* donde dize, que es de mucha

impor-

importancia que el legado *censeatur factum pro alimentis propter multa præuilegia, quæ a iure sunt alimẽtis attributa*, comprobat etiam ex pluribus Romanus *respons*.458. Mantica *de coniecturis, lib. 6. tit. 11. numero 1. vbi ex pluribus comprobat, quod ex persona cui relictum est legatum colligitur testatoris voluntas obscura, vel dubia*. Y en el *num*. 18. infiere desta conjectura, *quod ex persona legatarij legatum annuũ intelligitur pro alimentis*: y el legado annuo, y el de alimentos son correspectiuos, y por esso el legado annuo *dicitur alimentorum*, y el legado de alimentos se dize annuo, porque todo es vno: ita Surdus *de aliment. tit. 5. quæst. 3. num. 3.*

32 En los terminos deste pleyto procede esto sin duda, porque este legado de que se trata no solo fue annuo, pues fue durante la vida de Doña Angela, sino diario, pues el testador mandò que se le pagassen doze reales cada dia de fiesta y de trabajo: y este reparo es muy ponderable, porque como le dexaua esta cantidad para su comida, quiso que se le pagassen cada dia, aunque fuessen de fiesta, Rota per Farinac. *in recent. decis*. 588. *in prin*. dõde vn legado se tuuo por de alimentos, porque se dixo tanto cada año, y que se pagasse tanto cada mes, *de mense in mensem*. Y es texto expresso la. *l. diarijs. ff. de alim. lega*. dõde basta dezir cada dia para q̃ se entiẽda de alimẽtos.

33 Tambien se ajusta el ser pobre y noble Doña Angela, pues no tuuo mas haziẽda ni caudal que la que le dio Iuan Bautista de Luna, q̃ la queria mucho, y la tenia en lugar de hija, por auerla criado en su casa desde niña, como lo declarô el mismo, y tambiẽ declara su calidad, y assi se presume que le dexò este legado para alimentos, pues con todo lo que tenia y le dexô aun no era bastante para casarse, conforme a su calidad, y esto basta para q̃ se tenga por legado pio y de alimentos, vt probat Mantica *de coniecturis, lib. 6. tit. 3. nu. 31. vbi loquitur in legato relicto nobili, & magis in specie in lib. 6. tit. 11. numero* 18. Menochio *præsumpt*. 115. *lib*. 4. *nu*. 7. & 8 ademas de que el legado de alimentos siempre goza de su priuilegio, *siuè relictum sit pauperi, siuè diuiti*, Lara *de Capellanijs, lib. 1. cap. 2. numero 19. l. cum hi. §. nihil. ff. de transaction. possunt enim alimenta diuiti, & pauperi relinqui*, Ioseph. Ludouicus *decis*. 46. *numero* 8. *lib*. 1. & alij quos tradit Camillo Borrello *cons. seu controuers. 72. numero fin*. Menochio vbi proximê. Y en este caso el testador no dexô a Doña Angela otra cosa mas efectiua ni prompta para sus alimentos que este legado: porque aunque le dexò 11 U. ducados de la renta de sus juros, y los bienes muebles, y alajas de su casa, esto fue para que tomasse estado, como el mismo lo dixo: y no se ha de presumir

que le dexò aquellos legados para que consumiesse el dinero, y vẽdiesse las alajas para sustentarse, antes lo contrario, porque estuuo tan cuydadoso de dexalle alimentos, que preuino que si casasse, y su marido disipasse los bienes, se le diessen trecientos ducados en cada vn año para sus alimentos: y como este legado fue condicional, y auia de preceder primero el casamiento, la proueyô con el otro legado de los 12U. reales cada dia, y este quiso que se pagasse desde luego, porque verdaderamente esta cantidad fue la que destinò, y le dexô para sus alimentos quotidianos, y no fue necessario q̃ dixesse que los dexaua para alimentos, porque lo mismo fue mandarselos dar cada dia, *dict. l. diarijs. ff. de aliment. & cibar. leg.*

34 Y supuesto que en el otro legado condicional de los 300. ducados, expressamente dixo que se lo dexaua para alimẽtos, el mismo testador sintiò en esto que el legado annuo es lo mesmo que de alimentos, pues con este titulo y nombre se lo dexò, y que se pagassen de lo mejor parado de sus bienes, y estas mesmas calidades se entienden repetidas en este legado de los 12U. reales, porque milita la mesma razon de pobreza, y de afeccion, *vt infra dicemus.*

Que el legado de D. Angela no fue limitado ni restringido al Oficio, ni a los Escriuanos.

35 EL principal fundamento de esta proposicion, es auer sido este legado perpetuo durãte los dias de D. Angela, como lo dize la clausula, y esto no se compadece con dexarlo expuesto al accidente del Oficio, y de los Escriuanos, pues pudo faltar lo vno y lo otro, como ha faltado durante su vida, y el testador nunca preuino que llegâra este caso, ni que Doña Angela auia de sobreuiuir, pues era mas natural que faltasse primero ella que los dos Escriuanos; y assi dixo, que si falleciesse siendo viuos los Escriuanos, pagassen la renta de los 12. reales a la obra pia. Con lo qual lo que el testador dixo y quiso en esta disposicion, fue dexar a D. Angela 12. reales cada dia durãte su vida, y para q̃ los tuuiesse prontos cada dia dexò el Oficio arrẽdado a los Escriuanos, cõ obligaciõ de q̃ pagassen a D. Angela los 12. reales, y despues della a su obra pia, y assi no se puso el grauamẽ para restringir el legado, sino para la paga del, por mas comodidad de D. Angela, y por parecerle que esta paga seria cierta y segura durante su vida de D. Angela, y q̃ no auia de morir primero que ella, y por esso mandò, que en caso que muriesse primero, pagassen esta mesma renta a la obra pia, y assi vsò de este

termino

termino *renta*, como cosa que dexaua arrẽdada sin dependencia de los frutos del Oficio, porque no los mentô, ni dixo que estos 12. reales los pagassen de los frutos del Oficio a Doña Angela, ni a la obra pia: con lo qual aunque ayan faltado los Escriuanos, ò la rẽta del Oficio, nunca este legado puede faltar, porque no quedò limitado ni restringido al Oficio, ni a los Escriuanos, y es perpetuo durãte la vida de Doña Angela, como fue perpetuo el grauamen en los Escriuanos, y por parecerle que auian de sobreuiuir ellos, los grauò con esta paga, durante la vida de Doña Angela, *demonstrationis gratia*, no por restringir el legado, porque tuuo por cierto que duraria mas el grauamẽ que los alimentos, y esto consta de la mesma clausula, y se prueba por disposicion de Derecho: porque aunque ordinariamente los Doctores para conocer quando el fundo, el lugar, o la persona es demonstracion, o taxacion, consideran si el legado està perfecto en su oracion, y luego el fundo en diferente oracion; como si se dixesse: Mando a Pedro ciento cada año, los quales quiero se le paguen de los frutos del tal fundo. Tunc dizen, que es demonstraciõ, y debe pagar el heredero el legado de los demas bienes, aunque falte el fundo y los frutos. Pero quãdo todo està en vna sola oracion, videlicet: Mando a Pedro 10. cada año de los frutos de tal fundo: tunc lo tienen por taxatiuo y condicional, taliter, que si faltan los frutos no se debe el legado.

36 Esta distincion de las oraciones es contra la mente de los Iurisconsultos que hablã en esta materia, porque no atienden a la diuersidad de las oraciones, sino a conocer la voluntad del testador, y saber si quiso hazer el legado condicional y limitado, o ponerlo por demonstracion para la paga, que entonces quier estê en vna ô diuersas oraciones, siempre serà demonstracion, ô taxacion.

37 Y para conocer esto es necessario ver si el fundo, el lugar, ò la persona que se señala se pone en la sustancia, ò en la execucion del legado. Si en la sustancia, que es en lo que consiste la voluntad principal, serà condicional, y restringida la disposicion: pero si se pone en la execucion y para la paga del legado, serà demonstracion, y nunca lo restringirà, porque ya el legado se supone perfecto en la voluntad, y lo demas que mira a la paga y execuciõ del es accessorio, y assi importa poco estè en vna o en dos oraciones. El exemplo claro de esto lo pone el Cõsulto en la *.l.quidam testamento.ff.de leg.1.* donde dixo vno en su testamento: *Aureos quadraginta Pamphilo dari volo à Tulio authore aureos tot, & in castra quos habeo tot, & in numerato quos habeo tot.* Bien claro consta de esta especie, que aqui no ay mas

de

de vna oracion, que fue *quadraginta aureos dari volo*: y luego continuadamente los señalò, tanto en tal parte, y tanto en tal, todo regido y determinado por el verbo, *volo*, que fue la palabra de sustancia en que consistiò la voluntad del legado, con que parece que restringiò el legado, y la cantidad a la misma que tenia en aquellos lugares, despues los gastô, y no los huuo; y se dudò si el auer señalado el dinero q̃ tenia en aquellos lugares, restringiò el legado, y lo hizo condicional? Y resuelue el Consulto que no: porque el auer señalado los lugares donde tenia el dinero, no mirô a la sustancia del legado, sino a la paga de la cantidad legada, y esto es lo mas verosimil: *Verosimilius esse patremfamilias demonstrare potiùs hæredibus voluisse, vnde aureos 400. sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso iniecisse cum initio purè datum esse; ideò 400. Pamphilæ debebuntur.*

38 Lo mismo prueba el texto en la *l. firmio ff. quand. dies leg. cedat*; donde tambien se hizo el legado y la consignacion en vna mesma oracion, vt ibi: *Heliodoro dari volo quinquaginta ex reddittu prædiorum meorum futuri anni.* Aquel año no huuo frutos, y se dudò lo mesmo; y si huuiera de regularse este legado por las oraciones, se dixera que fue condicional, pues no contuuo mas de vna oracion, y parece q̃ alli consistiò la sustancia de el legado en los mesmos frutos. Et tamen responde el Consulto: *Non videri conditionem additam, sed tempus soluendæ pecuniæ additum, & prolatum videri respondi.* La misma especie pone la *l. Paulo Chalimacho. §. Tulius ff. de leg. 3.* dõde se hizo vn legado de vna cantidad que debia vn inquilino al testador del arrendamiento de vn fundo, y despues pareciò que no lo pudo ni debiò pagar; y se resuelve que la ha de pagar el heredero, porq̃ por aquella consignacion de la persona y de la deuda *demonstratum fuit, vnde accipere posset.*

39 Este discurso fue de Iuan Garcia *de expensis, cap. 4. ex num. 34.* y en el *num. 37. & 38.* reprueba esta distincion de las oraciones, y concluye, que si la consignacion se haze para la paga del legado, y en las palabras de la execucion y cobrança del, siempre es demonstracion, aunque estè en vna oracion ò dos: pero si se haze en la sustancia del legado es condicional, *vt ait num. 38.* ibi: *Vnde ex mente Iurisconsultorum, & Doctorum, de quibus supra, quamuis ita distinxerint, nihil attendendum est ad duplicem, vel vnicam orationem, sed ad id dumtaxat, scilicet, ad dispositionem, & executionem, hoc est, an post legatum perfectum datur executio legati, id est, vnde legatum est soluendum, atq; ita, siuè in vna, siuè duplici oratione adiectio loci, vel personæ ad executionẽ legati imperfecti inducit demonstrationem.*

Esta

40 Esta doctrina se ajusta indiuidualmente a este pleyto, porque la sustancia del legado no consistiò en el grauamẽ de los Escriuanos, ni en los frutos del Oficio, antes el grauamen fue para pagar el legado a Doña Angela, vt patet ibi: *Con cargo y grauamen, que cada vno dellos tenga obligacion de pagar cada dia de fiesta y trabajo a la dicha Doña Angela Cortès 12. reales en cada vn dia, cada vno dellos seys, durante los dias de la dicha Doña Angela: y si falleciere la dicha Doña Angela, y fueren viuos los susodichos, ayan de pagar y paguen la dicha renta al dicho respeto a la dicha obra pia.* Ecce como en este grauamen no consistiò la sustãcia del legado, ni lo puso el testador para restringirlo, sino para que quedassen obligados los Escriuanos a pagar los 12. reales a Doña Angela durãte su vida, y despues a la obra pia, y siẽpre vsò del verbo, *pagar*, vt ibi: *Tengã obligaciõ de pagar y paguen la dicha renta*: y assi este grauamẽ y obligaciõ de los Escriuanos fue demonstracion, *vnde solueretur legatum*, y los obligò a esta paga, *vt magis consuleret legatario, & hæredi*: ita in specie probat Antonius Faber *in C. tit. 18. diffinit. 4.* que es decisiua, y habla en legado de alimentos cõsignado en los reditos de vn fundo obligados especialmẽte a la paga: *Vnico cõtextu* (ait Faber) *tibi alimẽta testator legauerat, in eamq; rem certi fundi redditus specialiter obligauerat, si ex redditibus fructibusq; tantum hodie redigi non possunt, quantum necesse est ad alimenta, licèt testamenti mortisvè tempore redigi potuerit, integra nihilominus tibi debebuntur, quod enim testator, vt tibi magis consuleret certi fundi redditus in eam rem obligauit, nocere tibi non debet, vt legatum alimentorum restrinxisse, aut ius hypothecæ generalis, quæ pro legatis ex Iustiniani lege diminuisse, aut actionem in personam substulisse videri possit: nam nec tuo, sed hæredis lucro cederet, si plures essent ij redditus quam ad alimentorum erogationem necesse esset cum non fundus, aut fundi redditus tibi legatus sit, sed alimenta: diuersum esset si legatum ita relictum proponeretur, vt ex fundi redditibus alimẽta tibi præstarẽtur: in minutis enim fructibus alimẽta quoq; minui eo casu necesse est, eandem adhibetur distinctio si non ex causa legati, sed ex alia qualibet alimenta debeantur.*

41 Con esta difinicion se cõprueba la doctrina de Iuan Garcia, pues en ella se haze la misma distincion, y no se atendiò a las oraciones, sino solo a q̃ la substancia del legado no consistiò en el fundo, ni en los reditos, vt ibi: *Cum non fundus, aut fundi redditus legatus sit*: y a q̃ para la paga de este legado se auiã obligado los frutos, q̃ fue lo mismo que aqui passò, pues quiso el testador que los Escriuanos se obligassen por 12. reales, y que estos los pagassen a D. Angela cada dia, y a su heredero despues della; y esto lo dixo cõ palabras que miran

 a la

a la paga y a la execucion del legado, que es lo que basta para que no quede restringido, vt probat textus *in l. Lucius. ff. de alim. & ciba. legat.* donde se asignaron ciertos fundos para la paga de vnos alimentos, y los obligô el testador especialmente *obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos illum & illum, vt ex redditu eorum alimenta supra scripta percipiãt*; y se resoluiò que se deben los alimentos, aunq̃ los frutos no fuessen bastantes, porque no cõsistiò la substancia del legado en ellos, sino porque los obligò el testadó, *vt legatarij alimenta percipiant ex redditu eorũ*: y esta palabra, *percipiant*, mirô à la cobrãça, y a la paga, y à lo mismo mirô la obligacion, y por esso no se atendiô a que estauan en diuersa oracion, sino a que la obligacion especial de los fundos no mirò a restringir el legado: *Neque ex eo*, dize el texto, *quòd posteà prædia his pignoris iure testator obligare voluit, vt ex redditu eorum alimenta perciperent minuisse eum, vel auxisse ea quæ relinquerat videri*: lo mismo se prueba de la. *l. ex eo. ff. de trit. vinoq; legato*, donde no huuo mas de vna oracion, y se tuuo por demonstracion, porque se hizo con palabras que miraron à la pagá, vt patet ibi: *Ex eo vino quod in illo fundo nascetur, decem quotãnis in annos singulos dato*: y dize el texto, que se ha de pagar enteramente aunq̃ falten frutos del fundo; y esto fue porq̃ no cõsistiô el legado en el vino, ni en el fundo, sino en la cantidad, y el fundo se puso para la pagá, vt patet ibi, *dato*. Y lo mismo procede siẽpre que se haze algun legado annuo de cantidad cierta, *ad alimenta, vel simpliciter*, vt tenet gloss. *in. l. cum certus. ff. de trit. vinoq; legat. verbo taxationis. l. legatus. §. 1. ff. de ann. legat.* Aliud est quando el legado consiste en los mesmos frutos, ò en lo que naciere de tal fundo, porque entonces *quasi taxationis vicem obtinent hæc verba, quod natũ erit. l. cum certus. ff. de trit. vinoq; legat. l. si debitor. §. verosimile. ff. de contrahend. empt.* Lo mismo dize Acacio Ripol. *variar. cap. 13. num. 151.* donde dize: *Quia verba testatoris sunt inspicienda iuxta quæ legatum fuit conceptum, nam si testator prius quantitatem certam expresserit, & posteà designauerit, ex quibus solutio sit facienda locus demonstratiuè censetur adiectus, non verò strictiuè: si verò testator ita legauerit, ex fructibus fundi mei cẽtum lego.* En este caso dize, que el fundo està restrictiuè; porque en esta specie el legado cõsiste en los frutos del fundo, porque miran a la substancia de la disposicion, y no porque estè vna ò dos oraciones.

42 Copiosamente disputa esta materia el señor D. Iuan del Castillo *lib. 4. cap. 54. per totum, præcipuè num. 18.* donde despues de auer referido todas las opiniones desta materia, refiere la doctrina de Garcia, y se cõforma con ella, reprobando la opiniõ de las diuersas ocasiones,

siones, y queda conque poniẽdose el fundo, ò el lugar, ò la persona con palabras de execucion del legado de cantidad cierta, siempre se entiẽde que es demostracion, secus verò si se ponen en la substãcia cia y disposicion principal.

43 Todo esto se ajusta a este pleyto, porque este legado fue de cãtidad cierta de 12. reales cada dia a D. Angela Cortês durãte su vida, y el grauamen y obligacion de los Escriuanos fue demonstacion, porq̃ està enlas palabras executiuas, q̃ mirã a la paga, y no a la substãcia, vt patet ibi: *Con cargo y obligacion que paguen los 12. reales a la dicha Doña Angela.*

44 Y en estas palabras executiuas por supuesto necessario se comprehenden y presuponẽ las dispositiuas y formales del legado hecho a D. Angela, como si huuiera dicho: Mandole a D. Angela doze reales cada dia durante su vida, y dexo a los Escriuanos el Oficio con cargo y grauamen que se los paguẽ. Y aunque esto està escrito al reves, y comiença primero por la paga y execucion del legado, se ha de leer y entẽder desta manera, y suplir el verbo principal dispositiuo, *lego vel relinquo*, porque se omitiò por mal escrita, y mal ordenada la clausula, no por falta de intencion, pues esta se prueba bien del contexto de la clausula, que fue grauar à los Escriuanos en 12. reales, y que estos los gozasse Doña Angela durante su vida, *l. vnum ex famila. §. si omissa ff. de legat. 2.* ibi: *Si omissa fideicommissi verba sint, & cætera quæ leguntur cum his quæ scribi debuerunt rectè datum, & minus scriptum exemplo institutionis legatorumq; intelligitur*: y aqui la gloss. verbo, *verba*, dize, *Quod licet verbum dato, vel æquipollens non sit expressum, tamen quia scriptura congruit menti testatoris, sicut & eadẽ quæ debuerunt scribi tenet fideicommissum*: y es buen texto la ley *quidam in in testamento 35. ff. de legatis 2.* donde se dexô vn legado para cierta obra, y se dudò si valia, porque no se expressô la cãtidad: y resuelue el texto: *Propemodum quidem imperfecta est hæc scriptura, quia summa scripta non est, potest tamen videri tanta summa legata, quã ei rei sufficeret.* Optimus textus in *l. cum pater 77. §. cum imperfecta. ff. de legat. 2.* ibi: *Cum imperfecta scriptura inuenitur, ita demum verbum legati, vel fideicõmissi, quod præcedit, vel sequitur, ad communionem adsumitur si dicto scriptum congruat.* Y aqui dize Bart. *Quod oratio imperfecta perficitur ex præcedenti, & sequenti, si congruè fieri potest*: y la glossa, verbo, *cũ imperfecta*, dize lo mismo, y que si en el legado falta el verbo, *lego*, se ha de suplir de otro legado del testamento antecedente, o subsequẽte, *text. in l. 1. §. si ex fundo. ff. de hæredibus instituen.* donde vn testador no dixo mas que *Lucius hæres*, y resuelue el Consulto, *quod licet non adiecerit*

esto credimus, plus nuncupatum minus scriptum, y que vale la institució, etiam aunque el testador no diga *hæres esto*. Y quitanos de todas dudas la *l. 2. C. communia de legatis*, donde dize, que como quiera que el testador lo diga, basta para que sea legado, *Etsi hæredi, vel legatario aliquid committatur, hoc legatum esse videatur, nos enim non verbis, sed rebus legem imponimus*. Optimè Ioann. Garcia *de expens. dict. cap. 4. numero 38.* donde dize: *Quod adiectio loci, vel personæ ad executionem legati imperfecti demonstrationem inducit*, y assi no importa que estè imperfecto, o perfecto en lo escrito, si lo està en la mente del testador, y en el sentido literal de toda la clausula, a q̃ se ha de estar.

45 Y pues en este caso el testador dexò el Oficio a los Escriuanos, cõ cargo y grauamen que le pagassen a Doña Angela doze reales cada dia, por antecedente y presupuesto necessario hizo el legado de la misma cantidad a Doña Angela, pues de otra manera no dixera que le pagassen, sino era suponiendo que se los dexaua durante su vida, y que ya tenia adquirido el derecho de legataria y acreedora, pues la paga supone credito, *& qui vult consequens vult antecedens*, y bastò començar por la demostracion, como lo prueba la *l. ex eo. ff. de trit. vinoq; legat.* donde se hizo el legado començando por la demonstracion con solo las palabras de la execucion, q̃ miran al heredero grauado, ibi: *Dato*, y no ay ningunas palabras q̃ hablen con el legatario. *Sed quid plura?* quando la clausula de que tratamos lo dize esto claramente, y vino solo a declarar q̃ este legado no quedô limitado ni restringido a los Escriuanos, ni al Oficio, porque en la primera clausula que hizo el testador dexô el vso del Oficio a los Escriuanos, con que le diessen a Doña Angela lo que les pareciessen, y tuuo intencion de que el legado de Doña Angela no fuesse perpetuo, sino limitado y restringido al mismo Oficio, y durãte el tiempo que lo vsassen los Escriuanos y no mas. Y despues en la segunda clausula reuocò esta, y la enmendò, haziendo el legado perpetuo, y independiente del vso del Oficio de los Escriuanos, durante la vida de Doña Angela: assi lo dize expressamente, ibi: *Item, por quanto por clausula deste mi testamento yo dexo mandado, que vsen la plaza mayor de Escriuano de la Iusticia Iuan de Quiros de Montoya, y de nõbrado Geronimo de Vargas, y acudiessen con lo que quisiessen a la dicha D. Angela Cortès, y que esto fuesse durante el tiempo que vsassen los Oficios, y no se vendiesse.*

46 *Aora enmendando la dicha clausula, quiero y es mi voluntad, que los dichos Iuan de Quiros, y Geronimo de Vargas gozen de las plazas durantes sus vidas, con cargo y grauamen, que cada vno tenga obligaciõ de pagar cada dia*

de fiesta

de fiesta y de trabajo 12. reales a la dicha Doña Angela, durante los dias de la vida de la dicha Doña Angela. Y si falleciere la dicha Doña Angela, y fueren viuos los susodichos, ayan de pagar y paguen los susodichos la dicha renta al dicho respeto a la dicha obra pia.

47 Esta clausula reformò la otra en dos cosas. La primera, que siẽdo el legado arbitrario en la cantidad del grauamen a eleccion de los Escriuanos, no quiso que pendiesse dellos, sino que fuesse de cantidad cierta, que fueron los 12. reales que declarò el testador. Y la segunda, que siendo restringido este legado al tiempo que vsassen el Oficio, y a los mesmos Escriuanos, y el grauamen en ellos temporal, quiso que no estuuiesse restringido el legado al tiempo del vso del Oficio, ni que el grauamen fuesse temporal, sino durãte la vida de Doña Angela, y que si ella muriesse primero que ellos, pagassen la mesma renta al heredero; conque no es dudable que dexò este grauamen por comodidad de Doña Angela, y para que los Escriuanos le pagassen los 12. reales, y no fuesse necessario preuenir el caso de auer ellos muerto primero, porque bastamente quedò assegurado y preuenido con dezir que le auian de pagar 12. reales durante su vida, y assi no puede cessar este legado por auer muerto los Escriuanos, o faltado la rẽta del Oficio, pues no se puede presumir que en este caso el testador quiso que se le dexassen de pagar aunq̃ no lo huuiera expressado claramente. *l. cum auus. ff. de conditionibus & demonstrat.* ibi: *Fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum quã dictum fuerat, inueniretur.* Et latiùs infra dicemus.

48 Y quando todo lo referido cessara, *ex alio capite*, no pudiera ser este legado limitado ni restringido al Oficio, ni a los Escriuanos, videlicet, porque fue legado de alimentos, por auer sido annuo y diario, que es lo mesmo, como se ha dicho, y es especial en el legado pio, como lo es el de alimentos: *Quod orationis diuersitas non attẽdatur*, vt ex pluribus comprobat Gratian. *tom. 2. discept. c. 256. n. 29. Quia in relictis ad pias causas quãuis testator posuerit rem ipsam in eodem cõtextu orationis in qua legatum ipsum continetur, nunquam censetur restrictiuè apposita, sed pro legato, & pro eius securitate potiùs esse obligata.*

49 Y esto se prueba porque regularmente el legado *alimentorum*, es perpetuo, *& finitur cum morte eius cui debentur. l. cum hi. §. modus. ff. de transact. l. fin. § dominus. ff. de vsufruct. l. Firmio in fin. ff. quando dies leg. cedat*, & ex pluribus probat Petrus Surdus *de alim. tit. 5. qu. est. 1. nu. 1.* Y en el num. 3. lo amplia, aunque no se dexe el legado por toda la vida, como aqui, sino por tiẽpo limitado, tenet Gratian. *cap. 164.*

tom. 1. n. 30. dóde dize: *Quod legatũ alimẽtorũ de sui natura est perpetuum, & intelligitur relictũ ad vitã legatarij, quamuis simpliciter factũ fuerit. l. 1. C. de legatis, vbi gloss. in verbo post mortem ad mediũ, & ibi Iasson, vers. In secunda parte, dicit hanc esse magis veram opinionem fauore alimẽtorum.* Bartol. *in l. mella, in principio. ff. de aliment. & cibar. legat.* Molino *de ritu nupt. lib. 3. q. 40. num. 5. cum seqq.* y el mismo Gratian. *num. 36.* tambien lo amplia, etiam aunque el legado de alimentos se haga por tiempo limitado, porque adhuc expira, si el alimẽtario muere antes: y dâ la razon, porque *relictum temporale habet tacitam conditionem cum vita legatarij, & rebus sic stantibus, ita vt credendum sit testatorẽ illud tempus apposuisse, quia putabat vitam legatarij longiorem futurã, quod cum non extiterit, dicendum est eius intentionem talem fuisse, vt voluerit se conformare cum dispositione iuris, secundum quod alimenta censentur relicta ad vitam.* Y lo mismo fue en este caso, pues el auer dicho, que los Escriuanos le pagassen los 12. reales durante su vida, no fue por limitar ni restringir el legado a la vida de los Escriuanos, sino porque pensò que ellos auian de viuir mas que Doña Angela, y que nũca llegaria caso en que se pudiesse dudar q̃ le auia de faltar este legado

50 Y es especial priuilegio, que el legado de los alimentos nunca se presume restringido ni condicional, taliter que cesse aunque se dexe condicionalmente, o durante la vida de otra persona, sino perpetuo durante la vida del legatario, aunque no se diga como aqui se dixo: y assi aunque aquella persona muera, se debe el legado de los alimentos, porque se presume que se dexaron perpetuos, *& omnino relicturos, etiam sine illa conditione, seu onere.* Pruebase esto de la ley. 1. *C. de legatis*, donde se dexò vn legado de alimentos a vnos, *quoad cum Claudio Iusto Morati essetis*, y no preuino el testador que pudo morir primero Claudio, y por esso dudò si expirò el legado. Y en esta especie dize el texto, que se deben los alimentos aunque muera Claudio: *quia hanc fuisse defuncti cogitationem, interpretor vt post mortẽ Iusti Claudi eadem vobis præstari voluerit.* Y la glossa de Gothifredo en este texto dize, que la razon desto es, porque *alimenta relicta perpetuò relinqui intelliguntur.* Lo mismo prueba el texto en la *l. annua. ff. de annuis legatis*, vbi notat Bartol. *quod si conditio deficiat per mortem eius, in cuius personam confertur, non extinguitur legatum.* Optimus text. *in l. Gaio. §. Imperator. ff. de alimentis & cibar. legat.* idem Bartol. *in l. testamento, la. 2. de condit. & demonstrat. & in l. illis libertis, ff. eod. per ipsum text. & in dict. l. Gaio. §. Imperator*, Decius *cons. 485. n. 10. & 12* Ruinus *cons. 38.* vbi ait: *Quod fauore alimentorum præsumendum est in dubio, quod onus impositũ non sit causa legati, sed quod imo testator fuisset*

fuisset omnino relicturus, etiam si non fuisset legatario onus prædictum iniunctum, comprobat ex pluribus Petrus Surd. *de aliment. tit. 8 priuilegio. 23. num. 7.* donde concluye, que siempre el legado de los alimẽtos se entiende hecho *fauore legatarij*, y no por la condiciõ, ni el grauamen que se le ponga: y assi aunque regularmente la condicion mixta *dependens à facto implere debentis, vel alterius, vel etiam à casu, si deficiat per mortem, extinguitur legatum, tamen legatum alimentorum non deficit conditione deficiẽte, sed sortitur effectum, & conditio habetur pro impleta*, vt latissimè comprobat Surdus *de aliment. d. tit. 8. priuileg. 24. num. 2.* vbi ex Decio, & alijs probat, *quod præsumitur testatorem relicturum omnino fuisse legatum etiam sine conditione*, comprobat D. Castill. *lib. 4. controuer. cap. 60. num. 59.* donde resuelue, *quod inspiciendum est cuius gratia fit legatum, nam si fauore legatarij alimentarij semper debentur ei alimenta relicta, etiamsi deficiat conditio.* Optimè Andræas Gail *lib. 2. obseruat. 144. num. 11. & seqq.* donde dize, que si la causa final del legado de los alimentos, fue el mesmo legatario a quien se dexaron, nunca cessa aunque cesse la condicion, o el grauamen, Rota per Farinac. *in posthum. tom. 1. decis. 233. num. 3. & 4.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 183. num. 42. & cons. 146. num. 12. vol. 2.* donde dize, que quando *testator legat pro tempore vitæ legatarij, videtur legasse fauóre ipsius, non autem illius cum quo habitare debet*: y assi auiẽdo en este caso hecho el legado de 12. reales cada dia durante la vida de D. Angela, fuè en su fabor, y no se ha de presumir que lo limitò al vso de los Escriuanos à quiẽ grauò, ni a los frutos del Oficio. Optimè Galeota *lib. 2. cõtrouer. 44. per totã*, dõde resoluiô, q̃ vn legado annuo hecho condicionalmẽte, *ex fructibus mõtis, vel alterius corporis, hoc est, si mõs erigeretur, nunquã taxatiuè ex fructibus, sed demonstrationis gratia censetur factũ, & potius ex sanguinis affectione, & coniunctione quã causa oneris sibi iniunctũ motum testatorem præsumitur*, y resuelue, que lo debe pagar el heredero de los bienes de la herencia que se dexò a pobres estraños, y haze los mesmos discursos y ponderaciones que procedẽ en este pleyto, porque pondera en el num. 1. q̃ por auerse dexado alli aquel legado annuo durante la vida del legatario, *vt cõmodè, & honorificè sustentandum factum de iure censeatur, maximè quando non est diues, etiam nulla alimentorum mentione facta; diues autem quis nemo præsumitur, in legato autem alimentorum speciale est, vt quamuis generaliter legatum factum sub conditione casuali, vel mixta si deficiat per mortem, vel aliter extinguitur legatum, attamen in legato alimentorum, ex particulari alimentorũ prærogatiua, nõ deficit cõditione deficiente, sed sortitur effectum, ita vt habeatur conditio pro impleta; hoc enim casu quamuis conditio respiciens fauorem al-*

terius,

terius, quam legatarij deberet restringere legatum, nihilominus in legato alimentorum iuris est præsumptio, quod fuisset alias omnino relicturus etiã sine conditione, vel onere, & hoc est apud omnes expeditum: vnde meritò considerauit prudens testator inutile fuisset legatum annuum vita durante, si ad alimenta ex fructibus montis fuisset restrictũ, & sic si interim dilatata sine culpa legatarij montis erectione legatum consequi nõ potuisset, ex reliqua vniuersa hæreditate soluendum esse: qualibet enim dispositio, & maximè legatũ fratri benemerito factum ita fuisse interpretatum, vt non mereatur à sapientibus reprehendi, nec vt esset inane, & effectu vacuum, seu frustratoriũ: ita vt esset prorsus inutile: si alioquin solùm ex redditibus montis, & non aliunde fuisset præstandum iniquum, & inhumanum, si de tam opulenta hæreditate in pauperes coniunctos, & extraneos fratri dignissimo pro sua dignitate, & animi integritate, notoria indigentia non fuisset de aliqua condigna portione ad vitæ, & senectutis sustentationẽ certa & secura facta prouisio, quæ nec à casu, vel facto sub conditione casuali dependeret, qualis fuit illa conditio, si mons erigeretur: dilectio enim, & claritas erga legatariũ, non nihil prodest ad pinguiorem, & vberiorem legati interpretationem, & ex qualitate personæ relinquentis legatum, largius interpretari, &c.

51 Todo esto se ajusta indiuidualmente a este pleyto, porq̃ aunque D. Angela no fue hermana del testador, la tuuo como a su hija, porque la criò desde niña, haziendo grande estimacion della por su virtud y calidad, y el educador *habetur loco patris*, porque la educacion engendra amor de tal, *vt probat text. in l. 1. §. fin. de obsequijs*, ibi: *Indignus militia iudicandus est, qui patrem, & matrem à quibus se educatum dixerit, maleficos appellauerit*. Y san Geronimo *epist. 1.* llama segundo padre a el que educò y criò, ibi: *Secundus post naturalem pietatem pater nutricius*; y por esso el educado puede tomar el apellido de la familia de quien le educò *l. 88. §. 6. de leg. 2.* y en el amor y afeccion es lo mesmo que el padre natural, vt ait Statius Florus *libro 2. sylvar.* ibi: *Quid referam altri cum victos pietate parentes*. Probatur etiã ex *leg. 2 ff. qui petant tutores*, que dize, que puede pedir tutor el educador como qualquier pariente del educado, *tex. in leg. 13. & 14. de manu. vindic.* donde puede el menor manumitir a el educado, aun contra la prohibicion de la ley Elia Sentia, porque se tiene en lugar de hijo. Optimus tex. *in l. 38. de fideicom. libert.* donde auiendose mandado en vn testamento dar libertad a vna muger a quien auia criado el testador, el testamento fue nullo, por ser imperfecto, y los hijos sucedieron abintestato: dudòse si tendrian obligacion de dar la libertad, y el fideicommisso, por no auerse preuenido este caso? Y responde el Consulto que si, ibi: *Pios tamen filios debuisse eam manumittere,*

mittere, quam pater dilexisset. Idem probat *leg. 3. §. 4. de liber. homin. exhibend.* y esto se aplica bien a este caso, pues el testador criò y alimētô a Doña Angela en su casa, y le tuuo amor de padre, y le dexô este legado para sus alimentos preuenido con especial cuydado, que se lo pagassen los Escriuanos durante su vida, y no preuino que podian morir ellos primero, y faltar el Oficio: y auiendo sucedido este caso, no es verosimil que quisiera el testador que cessara el legado, y le faltassen los alimentos a vna persona a quiē criô y quiso tanto, que fue la razon q̄ se considerô *in d. l. 38. de fideicom. libert.* ibi: *Quam pater dilexisset*, y fuera crueldad lo contrario, y assi por lo que tiene de piedad, se debe continuar el legado, y esto considerò tambien el texto, ibi: *Pios tamen filios*.

52 Tambien es muy ponderable, que en su vida el testador huuiesse alimentado à Doña Angela, porque lo mesmo es auerla criado q̄ alimentarla, *leg. 3. §. item si quis, de lib. hom. exhib. & l. semper. §. et si nou de iure immunitatis*, tradit Menoch. *lib. 4. præsumpt. 157. num. 14.* Y en caso de duda, el legado de alimentos se interpreta latamēte, y mucho mâs en fabor del legatario, a quien el testador alimentaua en su vida, *ley à filio. §. testator. & §. Titia. ff. de alimen. & cib. leg.*

53 Y no solo manifestò el testador el amor y voluntad que tuuo a D. Angela, con dezir que la auia criado en su casa, sino con la obra, y el efecto, pues le dexò tantos legados para su estado, y le preuino otros alimētos, para en caso que el marido le disipasse los bienes, y mādò q̄ se le diessen de lo mejor parado de los bienes de la obra pia, y la dexò por Patrona della, y la prefiriô a la obra pia, no solo en la clausula general, en que dize, que se funde despues de cumplido y pagado su testamento, y las mandas del, sino especialmente en la clausula del vltimo codicilo, en que manda suspender la obra pia, y las Missas hasta que doña Angela estè pagada. Y en otra clausula manda generalmente, que los legados hechos en su testamento, y en los codicilos, se paguen de los reditos de sus juros; y assi toda la hazienda quedô afecta y grauada a la paga de este legado, porque se cōprehende en la generalidad destas clausulas, vt infra dicemus. Y no se puede presumir q̄ el testador q̄ quiso tāto a D. Angela, le dexasse este legado durante su vida restringido y limitado a los Escriuanos, y al Oficio, y que muriendo ellos quedasse inutil y frustatorio quando dexô su hazienda a pobres estraños. Y esto mismo resuelue tambien Galeota *vbi proximè num. 8. & 9.* ponderando otras clausulas hechas en el testamento en fabor del legatario, y dize, que *ex contextu scripturæ totius testamenti, non vnius capituli aptius, & melius*

colligitur voluntas testatoris. l. Mauia. ff. de manumiss. testa. sed ex his quæ præcedunt, & sequuntur totam scripturam præsentando, & secundũ ordinem scripturæ alia plura erant legata scripta antè legatum fratris, verum voluit concedere prælationis priuilegiũ huic fraterno legato idq; semper, & vbiq; & sic in perpetuum, & in omnem casum, & etiam citra montis erectionem. Y assi concluye, que la ereccion del monte no fue causa final del legado de los alimẽtos, sino impulsiua y remota; y que la causa final fue la coniunciõ, *& merita magna legatarij, ex quo patet legatum prædictum, licèt montis occasione factum etiam citra montis executionem, & administrationem deberi, licèt enim cessante causa legati, cesset legatum, id procedit si esset causa finalis, non autem si impulsiua prout impulsiua semper præsumitur causa in dispositione hominis,* Surd. *de alim. lib. 5. q. 5. nu. 8. & 11.* Cephal. *cons. 81. lib. 1.* Y assi se ha de presumir que este legado no fue limitado ni condicional, y en duda se ha de interpretar este legado en fabor de Doña Angela, porque concurren las conjecturas necessarias para ello, vt infra dicemus.

Que la paga deste legado toca al heredero, y se debe pagar de todos los bienes de la herencia.

54 Esto se funda en que la obra pia es heredera vniuersal, y està grauada expressamente por el testador, porque antes de hazer la institucion dixo, que auia de dexar esta fundacion en el remaniente de sus bienes, auiendose cumplido y pagado lo contenido en su testamento, mandas y legados: y despues quando se instituye, buelue a dezir, que la instituye por heredera en el remaniente de todos sus bienes, despues de pagado y cumplido su testamento, y las mandas, clausulas, y legados, y demas cosas en el contenidas. Y despues por otra clausula del codicilo dize, que todas las clausulas de los legados que manda por el testamento cerrado, y por el codicilo, se paguen y cumplan de los corridos y q̃ corrierẽ de los juros y tributos que tenia. Y demas de estas clausulas, tiene Doña Angela clausulas particulares que prueban su prelacion, y lo que la quiso el testador: porque auiendole hecho legado de los bienes muebles, que valdrian 3U. ducados, lo reuocò, y le dexò quanto tenia en su casa: y auiendole dexado este legado sobre que se litiga, limitado a el tiempo que vsen los Escriuanos el Oficio, y que le diessen la cantidad que quisiessen, lo reuocò tambien, y mandò que le pagassen 12. reales cada dia durante su vida, y les arredò el Oficio para esto, pues quiso que se obligassen, y pagassen esta misma renta

a Doña

a Doña Angela, y despues della a la obra pia, y la dexò por Patrona della. Y en otra clausula mandò a Doña Angela 300 ducados cada año para sus alimentos, en caso que el marido cō quien se casasse disipasse los bienes, y dixo que se le pagassen de lo mejor parado de la renta de la fundacion que auia de hazer de la Iglesia de san Ioseph, de los Niños expositos. Y en otra clausula del vltimo codicilo dize, que la obra pia, y Capellanias que mãda fundar, no se haga, ni canten las Capellanias hasta que D. Angela estuuiesse pagada de la renta de los juros y tributos que le dexò: y assi auiẽdo acetado la herencia la obra pia, quedò obligada a cumplir y pagar todos los legados, *textus in §. hæredem ff. de legat. 2.* vbi Peralta *notat ex illo textu*, que por la acetacion queda obligado el heredero, *ex quasi contractu*, en fabor del testador, y de los legatarios a cumplir su voluntad, *& ad integram solutionem legatorum l. patrem l. debitorem, ff. quæ in fraud. credit. l. 1. C. ad leg. falcidiam*, ibi. *Quo pleniorem fidem restituẽdæ portionis exhiberes, &c. Qua ratione* (dize Peralta) *fundamentali innituntur omnia iura loquentia in materia grauaminum, quæ per testatores hæredibus iunguntur, & ideò hæres adeundo, non solùm videtur se obligare legatarijs desoluendo sibi legatum; verùmetiam principalius censetur dedisse, seu astrinxisse fidem ipsi testatori de ipsius voluntate per eum adimplenda.*

55 Y esto procede nò solo quando expressamente le grauò como aqui, que està grauadr la obra pia a pagar todas las clausulas y legados del testamento, y no es heredera mas que del remaniente, sino *quando verba testamenti sunt defectiua, ita quod non apparet persona grauata*, y assi aunq̃ aqui no consta especialmente q̃ el testador grauasse al heredero, auiendo muerto los Escriuanos, y faltado el Oficio, *adhuc viuente* D. Angela, basta q̃ solo conste que su voluntad fue q̃ se le pagassen 12. reales cada dia; y q̃ en la clausula del codicilo diga impersonalmente, que se paguen las clausulas y legados de su testamento y codicilos de la renta de sus juros y tributos, sin exceptar ningũ legado, y no dize quiẽ los ha de pagar: tūc en estos terminos *intelligitur grauamen & executionẽ relicta ad hæredẽ referri, & onus in dubio ei impositũ, quia cum eo testator loqui videtur, tam in honoribus, quàm in oneribus. l. si seruus legatus. §. qui Margaritam ff. de legat. 1.* vbi Bartol. & alij; Baldus *consil. 419. testator legauit in fine, lib. 5:* vbi inquit: *Semper tamen tenendum quod verbis, quod ad onus persoluendum prolatis ad neminẽ directis hæres tenetur, & ideò fideicommissum quandoq; petitur ab eis, cum quibus testator loquutus non est. l. peto, in princip. ff. de lega. 2. Non enim inspicitur cum quo loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. l. cum pater. §. donationes, in fin. ff. de leg. 2. Et relictum ab vno, ab alio præstatur, si*

est successor secundum voluntatem defuncti. l. si à patre. ff. de leg. 3. legatum enim est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda. Comprobat latê Mantica *de coniecturis, lib. 8. tit. 2. num. 1.* Dom. Castillo *ex pluribus lib. 4. controuers. cap. 33. num. 6.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 131. num. 12. & 13.*

56 Y no obstarà contra esto dezir, que este legado tuuo prouision especial en los Escriuanos, y en el Oficio, y que espirô auiendo cessado el legado, de los Escriuanos: porque ademas de que haremos articulo principal para responder a los textos desta proposicion, aqui no procede ni puede proceder esta objeccion. Lo primero, porque el legado de Doña Angela, no quedò restringido a los Escriuanos, ni al Oficio, porque fue puesto por demostracion, y para que pagassen a Doña Angela los 12. reales, y assi fue el grauamen impuesto por gracia y mas cómodidad de Doña Angela: y auiẽdo faltado los Escriuanos, y el Oficio, se le ha de pagar su legado por el heredero de todos los bienes de la herencia, pues estos siempre quedaron obligados y grauados a la paga y cumplimiento de todos los legados, y esso obra el auer sido demostracion y assignaciõ de los Escriuanos, y no taxacion, vt latè supra probauimus: y si no se entendiesse esto desta manera, el fabor que el testador quiso hazer a Doña Angela, se retorceria contra ella, y esto no se ha de presumir. *l. quòd fauore. C. de legibus, cum similibus.*

57 Lo segundo, porque no auiendo preuenido el testador que auiã de morir primero los Escriuanos, porque le pareciò que primero moriria Doña Angela, se ha de interpretar este caso omisso segun el expresso, y el expresso fue, que se le pagassen 12. reales cada dia durante su vida; y supuesto que ya no ay Escriuanos que los paguen, lo ha de pagar el heredero vniuersal, porque siẽpre estuuo obligado a la paga de los legados, y se ha de interpretar este legado latamente en fabor de Doña Angela, por la grande afeccion que el testador le tuuo, *& propter eximiam eius nobilitatem*, y por lo q̃ la quiso el testador en vida, *quia quem testator viuens prædilexit, præsumitur etiam moriens prædilexisse*, vt latè ex pluribus comprobat Mantica *de coniectur. lib. 6. tit. 11. per tot. præcipuè num. 2. 12. & 13.* Menochius *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 16. per totã, & præsumpt. 106. per totam*, el señor D. Iuan del Castillo *lib. 4.* en el *cap. 32. num. 26.* donde dize que se ha de interpretar el legado latamente *ex persona testatoris legatarij ex re legata, ex patrimonio defuncti, & ex verbis amplijs, & ex affectione testatoris erga legatarium*, y prosigue hasta el num. 30. Y es gran cõjectura en fabor del legatario la geminacion de los legados, vt ait

Dom.

Dom. Castillo *cap. 52. dict. lib. 4. vbi ex pluribus comprobat, quod ex actuum geminatione sumitur coniectura, vt amplius legatum fauore legatarij interpretetur ex verosimili mente.* Optimè & in specie probat Galeota *controuers. 44. tom. 2. num. 15. & 16.* donde pondera la geminacion de los legados en fabor del legatario para probar la afecció, y la prelacion al heredero. Y de aqui nace, que el caso omisso se ha de regular por el expresso, maximè quando verosimilmente el testador dixera lo mismo si se le preguntara, y no lo preuino porq no se acordò, *& præoculis non habuit,* como aqui, pues auiédo dicho el testador que se le pagassen a Doña Angela 12. reales cada dia los Escriuanos, no preuino q pudiera morir primero ella, y auiendole dexado este legado durante su vida, se lo debe pagar el heredero, como lo auian de pagar los Escriuanos: *quia casus omissus extenditur ad prouisum quando similis est, & habet eundem effectum; licèt aliàs de mente non constet, neque contineatur ex virtute expressi:* ita D. Castillo *ex pluribus dicto lib, 4. cap, 15. num. 31.* Y las mismas razones y conjecturas que ay para interpretar latamente el legado, milita para que el heredero *censeatur grauatus*, vt aduertit Castill. *d. lib. 4. c. 33. n. 2. & 3.* Y pues aqui hallamos en este legado el caso expresso para que se le paguen a Doña Angela 12. reales cada dia durante su vida, y en el otro de los 300. ducados està grauada la obra pia expressamente: por estos casos se ha de regular el caso omisso de auer premuerto los Escriuanos, y faltado el Oficio, pues en todos estos legados milita la misma razon y afeccion del testador.

58 Lo tercero, las clausulas generales puestas en la institucion del remaniente, pagados todos los legados y clausulas, y en particular la que se puso en el codicilo, para que se pagassen de los reditos de los juros y tributos a los legatarios y personas interesadas en las mandas, fueron puestas *ad amplianda legata*, y en fabor de los legatarios, de tal manera, que si algun legado fuesse limitado y corto, quedò reuocado cō esta clausula general del codicilo, mucho mas en fabor de Doña Angela, y de su legado, que fue de alimentos: ita probat textus expressus *in l. libertis quos, de aliment. & cibar. legat.* dōde auiendose dexado vn legado en el testamento a vn liberto de vna cantidad limitada que se le diesse cada mes, despues en el codicilo se puso vna clausula general, en que se mandaron dar mayores alimētos a todos los libertos; y se dudò si en esta clausula general se comprehendia el legatario especial del testamento? Y responde el Consulto: *Nihil preponi cur non eà, quæ codicillis datà proponerentur*

præstari deberent, nam ab his, quæ testamento cibariorũ nomine legata essent, recessum est, propter ea quæ codicillis relicta sunt. Y assi se ha de presumir que la condicion y grauamen que impuso a los Escriuanos, se repite por esta clausula en el heredero, y q̃ la puso por el mismo caso, que en la primera clausula hablò especialmente con los Escriuanos, y en esta clausula vltima, hablò con todos los bienes, y con el heredero, para declarar que en todo queda obligado y grauado. Sic tenet in simili Mantica *de coniecturis, tit. 6. num. 13. lib. 10. versic. Nec obstat*, ibi: *At in proposito verba primi legati fuerunt relata ad legatarium, vel simpliciter prolata: verba autem secundi legati fuerunt relata ad hæredem, quia testator dixit dare damnas esto, vndè hoc testator videtur fecisse causa tollendæ dubitationis, quasi dixerit, quod prius legaui hæres det, & ideò meritò conditio debet intelligi repetita:* y por este fundamento auiendo el testador mandado pagar el otro legado a D. Angela de los 300 ducados de lo mejor parado de los bienes de la fundacion, se ha de entẽder lo mesmo en este legado, porque tambien fue de alimẽtos, y auiẽdo faltado los Escriuanos, se repite la calidad del primer legado. Y bien ponderada esta clausula, quita la duda de este pleyto, porque no solo manda que se paguen los legados del testamento, y del codicilo de los reditos de los juros y tributos, sino que tambien manda que no tengan derecho a pedir los legados de los principales, ni de otra hazienda suya, sino fuere de los dichos corridos y que corrieren de sus juros.

59 Con esta clausula todos los legados quedaron iguales sobre los reditos de los juros y tributos, y a cargo del heredero, y por auerse puesto en el codicilo, y ser clausula general, y con especial mẽcion de los legados del testamento, se refiere a todos los legados precedentes sin excepcion alguna: ita ex Bartulo, & alijs pluribus tradit Menochius *lib. 4. præsumpt. 181. num. 1.* Y aunque en el num. 6. limita esta regla, quando *ex præcedẽtibus vni est specialiter prouisum, quia nõ refertur ad illud generalis clausula subsequens*, esto procede quãdo por la relacion de la clausula vltima *redderetur inutilis clausula præcedens*, o quando la clausula precedente fuesse fauorable, *& extendenda*, como aqui, *& per relationem clausulæ posterioris restringeretur*, que en estos terminos no se admite la relacion de la clausula general *in fine posita*, sino es quando todas se compadecen, y milita la misma razon, vt ait ipse Menoch. *num. 1. & numero 11. vsque ad 14.*

60 Y esto se ajusta a este caso, porque por esta clausula vltima no solo no se reuoca ni restringe el legado de Doña Angela, pero se amplia

amplia y declara, que no fue limitado ni restringido al Oficio, ni a los Escriuanos: y se compadecen ambas clausulas, porque por esta vltima tampoco se reuocò en el grauamē de los Escriuanos, porq quiso el testador estuuiessen obligados durante su vida a pagar los 12. reales cada dia, y de esta obligacion no los librò por esta clausula, porque fuera contra el legado de D. Angela, pues quiso que para la paga del no sòlo estuuiessen obligados los Escriuanos, sino todas las rentas de los juros y tributos: y auiendo dexado el grauamen de los Escriuanos *demonstratiuè, & accessoriè*, como se ha fundado, no se refiere la clausula general a ellos, sino a la disposicion principal, que fue la substancia del legado. Ita ex Alexādro, & alijs tradit ipse Menochio, *vbi proximè num.* 15. ibi: *Declaratur octauò, vt locum non habeat quoad posita accessoriè, & causa demonstrationis ad quæ non fit relatio, solùm enim ad principaliter disposita fieri debet*: y assi los Escriuanos no se podrian valer de esta clausula para no pagar su renta, porque no fue en su fabor, sino de D. Angela, en cuyo fabor se puso la vna y la otra clausula, y ambas se hān de entender y interpretar con latitud, por ser esta materia de alimentos dexados a quien el testador quiso tanto, y siempre le mejorò los legados, y enmendò las clausulas en su fabor: y con esto concurre que por otra clausula le mandô 300. ducados de alimentos, en caso que el marido le disipasse los bienes, y dixo que estos se le pagassen de lo mejor parado de los bienes de que auia de hazer la fundacion de la obra pia, y esta calidad se repite en este legado, pues tambien fue de alimentos, y es vniforme, ex doctrina Bartoli *in l. Seiæ. §. Caio. ff. de fundo instructo*, donde se le dexò a vno vn fundo instructo, y despues se le dexô vna casa: y dize el mismo texto, que la casa tambien se le ha de pagar instructa, porque la calidad instructa es vniforme, *& congruit vtrique legato*, por ser como los legados eran de vna mesma calidad, pues puede auer fundo instructo y casa instructa, y esto procede aunque sean diuersos legados, y en diuersas oraciones, y a diuersis grauatis, como se hagan con alguna dicciō continuatiua, veluti, *Item*, como aqui. *l. in repetendis ff. de leg.* 3. vbi Bartolus, porque esta materia de la repeticion de las calidades, tambien es conjetural, y militan en ella todas las circunstancias que se consideran para que el legado se interprete latamente, y la identidad de la razon la verosimilmente *testatoris dictionum natura*, vt ex pluribus comprobat Dom. Castillo *lib. 2. cap. 4. num.* 138 donde dize, que esto procede *etiam si simus in separatis orationibus, & in diuersis personis*: y la repeticion de las calidades procede sin duda quando *aliàs legatum*

redde

redderetur inutile, como aqui, pues serà inutil este legado sino lo paga el heredero de lo mejor de la hazienda, que es la calidad conque el testador dexò el legado de los 300. ducados, y esta misma se ha de repetir en este legado, alomenos para que se pague de todos los bienes de la herencia, como el otro se auia de pagar, porque ambos legados *tendunt ad eundem finem*, por ser annuos, y de alimentos, vt tradit Bartol. *in dict. l. Seiæ. §. Caio. ff. de fundo instruct.* Ruin. *cons. 17. num. 8. volum. 2.* Beroio *cons. 121. volum. 2. n. 2. & 4.* donde resuelue, que quando los legados se hazen en diuersos capitulos, tunc se induze repeticion de la calidad precedente quando es vniforme, *& quando secundum legatum redderetur inutile, si repetitio qualitatis non fieret, & tunc inducitur repetitio ex præsumpta testatoris mente. l. cum pater, ff. de pactis dotalibus. l. Iulius Paulus. ff. de condit. & demonstrat. l. Iulianus noster. ff. eod.* & probat ipse Bartol. *in dict. §. Caio*, Dom. Valençuela Velazquez *cons. 113. tom. 2. num. 44.* donde dize, que *per identitatem rationis, tam respectu personæ, quàm rei quacumque qualitas antè adiecta videtur postea repetita ex verosimiliter disponentis*, Franciscus de Arecio *cons. 1. n. 5. 8. & 10. vers. Sed tamen in isto casu*, donde dize, que se induze repeticion de la calidad precedente en fabor de la persona honorata, aunque los grauados sean diuersas personas, y diuersos los legados: *quia facilius extenditur fauor, quàm odium, seu grauamen*, Mantica *de coniecturis, lib. 10. tit. 6. nu. 11.* adonde dize, que se induze la repeticion por la diccion, *Item*: y en el num. 12. pone el exemplo, quando se legò a vna mesma persona, *& ab eodē* vna cosa *sub conditione*: y luego en oracion y clausula diferente y perfecta se le legò otra cosa, *simpliciter*, cō la diccion, *Item*: y dize, que *inducitur repetitio quamuis vtrumque legatum perfectum sit, dummodo conditio sit vniformis, & congruat vtrique legato*, y trae la doctrina de Bartulo *in l. in repetendis, colum. 1. vers. 1.* Y en el numero 14. prosigue el mesmo Mantica poniendo el exemplo, quando los legados se hazen a vna mesma persona *à diuersis grauatis*, y resuelue tambiē, que se induze la repeticion por la doctrina de Francisco Arecio *proximè citata*.

61 Lo quarto, esta materia de la repeticion del grauamen en el heredero, pende de otra question, vtrū quien se presuma mas dilecto del testador, el legatario, ô el heredero; porque regularmēte nō se presume que el testador quiso grauar al heredero, sino es en caso que el legatario fue mas amado del testador: y las mesmas conjecturas que ay para interpretar latê el legado, militan para que el heredero *censeatur grauatus, & minus dilectus quàm legatarius*, y assi quando el legatario *est magis dilectus, præsumitur testatorem hæredem*

grauare

grauare voluisse, nedum semel, sed duplici onere potius quàm legatum sit inutile. l. qui concubinam, alias qui quater. §. qui hortos. l. ex his verbis. §. fin. ff. de leg. 3. donde vn testador *legauit fructus hortorum, quos à republica conduxerat, & hæres pati debet legatario, vti, & frui, & insuper debet mercede reipublicæ præstare, quia si legatarius teneretur de suo pensionem soluere, legatum esset inutile, & sine commodo.* Exornat Dom Castill. *cap. 33. num. 2. & 3. lib. 4. l. penult. §. idem. ff. de legat. 3* ibi: *Quæsitum est an onera omnia, & introitus militiæ ab hærede sint præstanda? Respondit, danda.* Y aqui dize Bart. *quod si legatur res empta, pretium rei debet solui ab hærede, non ab legatario. l. si à pluribus. ff. de legat. 1. 107.*

62 Y aunque en esta question ay contrarias opiniones, la conciliacion dellas es, que si el grauamẽ consiste en los bienes proprios del heredero, hoc est, que aya de ser obligado a redimir y comprar algunos bienes con su propria hazienda para q̃ el legado nõ sea inutil: *tunc potius tolleratur nullitas legati, quàm quod onus prædictum inducatur: at secus vbi hæres nihil ab alio redimit, sed de patrimonio testatoris quid præstat,* que entonces *potius censetur hæredem grauare, quàm legatum redatur inutile. l. vnum ex familia. §. si rem, de legat. 2.* Y desta manera se entienden los textos desta materia, vt cõprobat latè ipse Castillo *d. cap. 33. n. 5.* Surd. *consf. 112. n. 80. volum. 1.* tradit Galeota *lib. 2. controuers. controuers. 22. num. 28.* donde dize, *quod hæres præsumitur grauatus in re propria testatoris, non hæredis. l. vnum ex familia 69. §. si rem, ff. de legat. 1.*

63 Y todo esto se ajusta a este caso, porque aqui no se le graua al heredero que compre ni redima ningunos bienes, sino que pague el grauamen de los mesmos bienes del testador a Doña Angela, la qual fue mas amada del testador, y la prefirió en todo a la obra pia, como biẽ se prueba de tantas clausulas que ay en su fabor, que se han ponderado, en que el testador la prefirió a la obra pia, y nõ se ha de presumir q̃ quiso dexar este legado inutil, y que pereciesse D. Angela antes q̃ grauar a la obra pia, auiendo dexado su haziẽda a pobres estraños que nunca conocio, ni les dio nada en su vida, y a D. Angela la criò y alimentò desde niña, y la quiso como a su hija, por su calidad y virtud, que fue persona de su afeccion. Y no ay que buscar la prelacion y predileccion de D. Angela en las clausulas del testamento, porque la tenemos con euidencia en la mesma clausula sobre que es este pleyto, pues el testador arrendò el Oficio a los Escriuanos por 12. reales cada dia, y los obligô en primer lugar a que los pagassen a D. Angela durante su vida, y despues de su muerte a la obra pia: ergo D. Angela fue primero en la mente del

testador, y en su afeccion, que la obra pia, y no se puede presumir que quiso que faltando los Escriuanos, pereciesse el legado que le hizo de los 12 reales cada dia para su comida.

64 Lo quinto, por muerte de los Escriuanos ha sucedido en este Oficio la obra pia, y oy lo arrienda y administra por su quenta; y si como vale poco por la calamidad de los tiẽpos, valiera mucho, no por esso creciera el legado de Doña Angela, porque se lleuàra la demasia: y es de aduertir, q̃ este accidẽte no ha sucedido por auerse acabado el legado de los Escriuanos por su muerte, sino por que el vno, q̃ fue Iuan Quiros de Mõtoya, se desistiò del Oficio, y siguiò pleyto con la obra pia, para que le pusiesse cobro por su quenta y riesgo, y obtuuo: y el otro Escriuano muriò, y el Oficio ha venido a menos de manera, que no rinde para pagar el legado, y la cobrãça es de mala calidad, y quando lo dexô el testador era de tan buena calidad, que aunque grauò a los Escriuanos, y los obligô a que pagassen 12. reales cada dia, les sobraua mucho, y por esso les dio el Oficio en tan poco precio, y esto fue todo en fabor de D. Angela, porque le pagassen los 12. reales con mas facilidad: oy ha faltado todo, con lo qual quedô el lega lo caduco por estos accidentes, como lo prueba la *ley vnica.§.ea etenim.C.de caducis tollendis*, ibi: *Vel mortuo iam testatore hoc quod relictum erat, deficiebat, quod aperta voce caducum nuncupabatur*: y aqui la glossa, verbo, *Deficiebat*, dize: *Vel quia desinebat legata res in rebus esse humanis, vel quia legatarius repudiabat, vel deficiebat conditio, vel moriebatur legatarius.* Que es todo lo q̃ aqui ha sucedido, porque el vno repudiò, el otro muriò, y el Oficio no vale, y assi ha llegado el caso de que el heredero pague los 12. reales cada dia, aunque no estuuiera grauado expressamente como lo estâ: porque quando a alguno se le dexa algun fundo, o algun legado con cargo, o grauamen, o condicion, o modo de dar algo a otro, q̃ todo es vno, vt ait text. *in.l.1.& 2.C. de his quæ sub modo, cum alijs iuribus*, quæ tradit Gothofredus *in.d.l.1.verbo, Modus*, & Acursius *in d.l.2.verbo, Ad conditionem*. La causa final deste grauamẽ no es el primero a quien se dexa el legado, sino el otro en cuyo fabor se pone el grauamen, o el modo, vt est text. *in l.Titio 71.ff.de cõdit. & demonstrat.* vbi ait Bartol. *quod quando modus respicit vtilitatem legatarij, dicitur impulsiuus: si vtilitatem tertij dicitur finalis*; glossa, Bart. *& omnes ordinarij qui eam glossam notabilẽ apellãt in.l.si mulier.C.de iure detiũ, & in.l.3.§.si quis quasi.ff.de condit.ob causam*, & plures alij quos refert Tiraquel. *in tractatu cessante causa, limitatione 1.n.52.* donde dize, que quando *causa tendit ad commodum accipientis, dicitur impulsiua, sed*

quando

quando tendit ad commodum concedentis, vel alterius tertij, dicitur finalis.

65 Desto resulta, que el legado hecho cum onere no perece, porq̃ muera el legatario grauado, o no lo acete, o falte la cosa, porq̃ aquel tercero en cuyo fabor se puso el grauamen, se le adquiriò accion vtil para pedir que se le cumpla el grauamen, no solo contra el legatario grauado, sino contra el heredero vniuersal que sucediò en la misma cosa, o por auerse caducado, o quedado *in causa caduci, quia semper res legata transit cum suo onere*, vt est text. *in l. 2. C. de his quæ sub modo, vel conditione*, ibi: *Titio decem millia, vel insulam relinquo, ita vt quinque millia ex his, vel eandem insulam voluntatis tuendæ gratia ex huiusmodi verbis, siuè ad conditionem, siuè ad modum respiciant, siuè ad dandum, vel faciẽdum aliquid fideicommissi, actio nascatur.* Y aqui la glossa, verb. *Anteà*, dize, que aunq̃ el legatario grauado no acete el legado, se le dà accion al segundo para pedir se le cumpla: probatur *ex. l. ex repudiatione 26. C. de fideicom.* Bald. *cõs. 238. ad euidentiã, lib. 3.* vbi ait: *Quod in vltima voluntate modus in fauorem tertij adquiritur tertio, & ille tertius potest agere, vt impleatur.* Soci. *cons. 85. pro certo. n. 5. lib. 1.* probat tex. *in l. si alienus 62. ff. de legat. 2.* ibi: *Itaq; vtilis actio hoc casu cõpetit, vt ijs ad quem emolumentũ hæreditatis peruenerit, & fideicommissum præstare compellatur*: y aqui nota Bald. quem refert Gothofredus, verbo, *Compellatur*; *quod non grauatus conuenitur, vt commodum sentiens, etiam si onus iniunctum alij relinquatur*: text. *in l. omnia 32. de legat. 2. §. quod à legatario*, ibi: *Quod à legatario petitum erat, vt alij restitueret, si legatarius decedat, hæres quoque eius id quod legatum est, præstare debebit. l. pater 29. de legat. 2.* vbi notat Bart. *quod legata caduca remanẽt apud hæredem. l. vnica. C. de caducis tollend. §. pro secundo, & §. sin autem, & §. si in medio, & §. ne autem eiusdem legis.* Optimus text. *in l. ab eo. ff. de vsufructu legato*, donde auiendose legado a vno el vsufructo con cierto grauamen en fabor de otro, se caducò el legado, y se consolidò el vsufructo cõ la propriedad. Dize el texto: *Licèt vsusfructus ad legatarium non peruenerit, hæres tamen penès quem vsusfructus remanet fideicommissum, præstat quod in militis testamẽto erit dicendum: si legatarius à quo fideicommissum relictum est, repudiauerit legatum, vel viuo testatore decesserit*: y assi supuesto que el legado de los Escriuanos caducò, y el Oficio se consolidò, passa el grauamen al heredero vniuersal, *stricto iuris rigore.*

66 Lo sexto, porque este legado es priuilegiado, por ser pio, y de alimentos, vt supra probauimus, & in specie Mantica *de coniectur. lib. 6. tit. 11. num. 18.* Y en el *lib. 6. tit. 3. num. 31.* dize: *Quod ex qualitate personæ colligitur relictum esse ad piam causam, veluti si nobili relictum sit;*

qui

qui non habet bonorum satis vt ex suæ dignitatis ratione possit viuere, tanquam pauperi intelligitur esse relictum ad piam causam, latè Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 115. per totum, præcip. num. 2. 6. 8. & 14. & præsump. 132. n. 10.* donde dize, que el legado annuo es de alimentos, y faborable, & latè interpretandum. Y quando se dexan los alimentos por via de grauamen *ab aliquo nominatim*, grauando *per nomē proprium*, tunc el grauamen se repite en el heredero, y en el substituto, y en otro qualquiera que suceda en los bienes. Y lo mesmo sucede *in legato annuo, quia succedit in causam alimētorum*, vt comprobat Surd. *de aliment. tit. 8. priuilg. 15. per totum*, probat tex. *in l. 2. ff. de aliment. & cibar. legat.* donde nota Bart. *quod bona transeunt ad quemlibet cum onere alimentorum. l. 4. §. Lutius ff. eod. vbi legatum alimentorum relictum à certis hæredibus, debetur à substitutis, & coniunctis. l. cum vnus. l. Gaio. ff. eod. vbi prælegatum, & translatio legati semper fit cum onere alimentorum*, probat Mantica *de coniectur. lib. 8. tit. 2. nu. 16.* donde dize, que el legado de alimentos *quamuis ab vno sit nominatim relictum, ex coniectura voluntatis etiā ab alio præstari debet*, tenet Peregri. *de fideicom. art. 16. nu. 60.* donde auiendo puesto la regla de que no se repite el grauamen en el heredero, quando se impuso al legatario *nomine proprio*: dize luego: *Sublimita in legatis, & conditionibus relictis in causam pium, & fauorabilem, veluti pro alimentis, pro dote, pro anima, pauperibus, & huiusmodi: nam hæc indistinctè censentur repetita.* Bart. *post gloss. in l. 4. §. fin. & in d. l. Mella. ff. de aliment. & cibar. legat.* Y en el numero 66. el mesmo Peregrino resuelue lo mesmo en vn caso semejante, donde se oponia lo mismo que aqui. Optimè Ripol. *variarum, cap. 13. num. 727. cum seqq.* donde se dudò si se repetia el grauamen de vn legado de alimentos en el no grauado? Y resuelue que si, por la mesma razon que aqui dezimos, que es auerse puesto el grauamen por contemplacion de D. Angela, *vt ait nu. 729.* y prosigue con los mesmos fundamentos que van referidos Menoch. *lib. 4. præsump. 157. num. 46. vsque 50.* donde resuelue, que quando se graua al legatario, o al vsufructuario, o a otro qualquiera que pague los alimentos, dize que *his deficientibus, tenetur præstare alimenta ille ad quem bona testatoris peruenerunt.* Y en la *præsumpt. 168. n. 37.* dize que *fauore piæ causæ legatum relictum ab instituto, repetitur a substituto*: y assi aunque à Doña Angela se le huuiesse dexado este legado condicionalmente durante la vida de los Escriuanos, adhuc auiendo premuerto ellos, no perece el legado, y se le debe pagar enteramente, y se repite el grauamen en el heredero, vt ex Surd. & alijs, *latè supra probauimus.*

Respon-

Respondese a la.l. Sthicus.§. Titia.ff.de alimentis, & cibar. legat. y a la.l. Titia.ff. de annuis legatis.

67 ESTos textos parece que prueban lo contrario de lo que se ha fundado, porque en la especie de ellos se propone que se dexò vn vsufructo a vno, *ut ex redditu fundi præstari Pamphilæ, & Sthico annuos centos nummos quoad viuent*. Dudòse, si muerto el legatario grauado, el heredero del testador tendra obligacion de pagar el grauamen de los alimentos? Y se resoluio que no.

68 La primera respuesta que tienen estos textos es, que no se aplican a este caso. Lo primero, porque alli el legado fue limitado y restringido a los reditos del fundo, y consistio en los mesmos reditos que se pusieron en la substácia del legado, no para la paga y execucion del. Y esto se prueba del mismo texto en la *.l. Sthicus.§.Titia* ibi: *Eiusq; fideicõmissit vt ex redditu fundi præstaret Pãphilæ*. Y de la *.l.Titia*, ibi: *A te Mæuî ex redditu fundi præstari volo*. Y lo aduirtio la glossa de la *.l.Sthicus.§.Titia, verbo, Ab hærede*, ibi: *Hic adiũgitur*. Y pódera el texto, ibi: *Si modo id quod ex vsufructu receptum esset, & ei rei præstandæ sufficeret*. De que se prueba que no quiso el testador que durasse el grauamen mas, que en quanto el legado del vsufructo durasse: y assi consistio en los mesmos fundos y frutos el legado, y por esso fue condicional y restringido, ex ijs quæ latè diximus supra nu. Aduirtiolo assi Pedro Surdo *de aliment.tit.4.q.17.n.14* donde dize *Quod vbi de certo fundo legantur fructus, illud est conditionale si fructus nascantur.l.interdum per totam.ff.de verbor.oblig. Castrensis in.l.ex conducto.§.si vis tempestatis.ff.locati. Natta cons.86.nu.2. Aliud est quando nulla fructuum mentione relinquuntur alimenta, vel quantitas in genere, quia tũc debitor est generis, & non speciei*. Y el legado no es condicional. Ipse Surdus *de alimentis tit.5.q.8.n.21*. donde dize que es regular *Quod legatum alimentorum relictum ab vno speciali fauore censentur repetitum ab alio, ex.l.4.§.Lutius.ff.de alimentis*. Y responde a la *.l.Titia, de annuis legatis*, y a la *.l.Sthicus.§.Titia de aliment. legatis*: Que aunque el heredero no sucede ni se subroga en el lugar del legatario grauado nominatin, esto no procede *fauore alimentorum, quando succedit in re legata, id est in vsufructu: proinde debet ad hæredem ille vsusfructus perueniri cũ sua causa, & cum onere præstanda alimenta, præcipuè cum præstanda sunt de vsufructu*. Y en el nu.23. entiende el rigor destos textos, *quando vsusfructuarius grauatus alimenta præstare de vsufructu, vel de bonis ad vtendũ*

relictis, aliàs si simpliciter forent alimenta ab eo relicta: cessat enim hoc casu ratio supra considerata, quod onus rei iniunctim extinguantur cum ipsa re. Y el mismo Surdo *de alimentis, tit. 2. q. 1. n. 13.* dize, que *quando vsusfructus relinquitur ad alimenta, tunc legatum est restrictum ad vsumfructũ: aliud est quando relinquitur quantitas ad alimenta ex redditu.*

69 En este caso no se dexò el grauamen de los frutos del Oficio, ni ay en la clausula palabra que tal diga, y el testador dexò el Oficio a los Escriuanos, con cargo y grauamen de que se obligassen à pagar doze reales cada dia a Doña Angela, y despues de ella a la obra pia: de manera que esta fue vna obligacion de cantidad in genere, sin dependencia de los frutos del Oficio, porque quier rindiesse, o no, los Escriuanos siempre auian de pagar esta cantidad, y el testador los pudo grauar aunque no les dexasse ninguna comodidad en el Oficio, vt probat Surdus *de aliment. tit. 8. priuileg. 14. per totum.*

70 La segunda respuesta es, que en la especie de aquellos textos se acabò el grauamen, finito vsufructu, por la voluntad del testador, porque no quiso grauar al legatario, sino en quanto gozasse del vsufructo; y assi el grauamen fue temporal, y respectiuo al mismo vsufructo, y no se caducò el legado como aqui; assi lo responde y lo entiende assi Pedro Surdo, respondiendo a estos mismos textos. *dicto tit. 8. priuileg. 14. n. 4.* ibi: *Sed videtur secundum glos. ibi, quia in prædictis legibus legatum alimentorum finitur voluntate testatorum, quod videtur velle quod eatenus duret, quatenus duraturum erat legatum vsusfructus, cui onus alendi iniunctum erat. Simon de Pretis, de coniecturis, lib. 11. n. 27. secus est quando legatum alimentorum efficitur caducũ: propterea quod nõ extet qui fuerit oneratus, vel quia relictum fuerit ab eo qui non fuerit honoratus, nam quando legatum efficitur caducum, licet regulariter remaneat apud hæredem. l. vnica. §. & cum triplici, de caducis tollendis; tamen fauore alimentorum præstatur ab hærede, vel ab alio qui rogatus sit.*

71 Esta doctrina es indiuidual para este pleyto, porque lo comprehende todo, pues resuelue que en los textos contrarios se acabò el legado por la voluntad del testador, y porque fue limitado al vsufructo: y en este caso procede lo contrario, porque aqui no fue limitado el grauamen, ni restringido a los reditos del Oficio, ni a los Escriuanos, y fue puesto en fauor de persona afecta del testador.

72 Lo segundo dize, que en aquellos textos el grauamen se impuso respecto de la comodidad del legatario principal, y le grauò quia honorauit, y assi tuuo correspectiuidad lo vno de lo otro. Y en este caso fue al reues, porque el testador grauò a los Escriuanos, etiam aũque el Oficio no rindiesse los doze reales cada dia, porque

no hi-

no hizo mencion de los frutos del Oficio, y lo pudo grauar sin dexarles comodidad fauore alimẽtorum, vt probat ipse Surdus *tit. 8. priuilegio 14. per tot.* y no tanto los grauò, quanto los obligò a que pagassen aquella renta, y quiso el testador que la pagassen, aũque muriesse Doña Angela, y en la especie de los textos contrarios no cessaria el legado del vsufructo, aunque muriesse la persona a quien se auia de pagar el grauamen, porq̃ estuuo pendiente el grauamen del legado, y aqui fue al reuès.

73 Lo vltimo, dize Surdò, que quando el legado se caduca, o por falta de la cosa, o por muerte del grauado, que no fue honorado, *tunc remanet onus apud hæredem*, no solo por la disposiciõ de la *l. vnica de caduc. tollend.* sino por priuilegio particular de los alimentos, y esto tambien se aplica a este caso, pues aqui ha faltado el Oficio, y y los Escriuanos, y assi no es dudable que el heredero està obligado a pagar el legado.

74 Finalmente se responde a los textos que se retuercen en fabor de la pretension de Doña Angela *ab speciali*, pues todos ellos dizẽ, que procede lo contrario, si constare de la contraria voluntad del testador. Y esto se ajusta bien, pues consta que el legado en este caso no fue restringido ni limitado, y fue en fabor de Doña Angela, y po su contemplacion, y tiene por si todas las presunciones y circunstãcias necessarias para que se interprete en su fabor, como està determinado por la executoria justamente, por los fundamẽtos referidos: y aunque no nos valieramos della *in vim exceptionis rei iudicatæ*, por lo menos *in vim authoritatis*, no nos puede faltar, y basta para apoyo de la justicia de Doña Angela aya sentido y determinado en su fabor vn Tribunal tan grande, y tan docto, pues si traxeramos alguna decision tan ajustada de otro Tribunal qualquiera, tuuieramos por segura la vitoria, como la esperamos. Salvo in omnibus, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.